

Forsøk og tilbaketreden fra straffansvar

Nærmere om forsøk og tilbaketreden fra straffansvar etter straffeloven av 22. mai 1902 nr. 10

Kandidatnummer: 809

Leveringsfrist: 25.04.15

Antall ord: 16 131



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Avgrensninger	1
1.3	Rettskildebildet	2
1.3.1	Norsk strafferett	2
1.3.2	Forholdet mellom norsk og internasjonal rett på strafferettens område	3
1.4	Videre fremstilling	3
2	FORSØK.....	3
2.1	Hva anses som forsøk	4
2.1.1	Grensen mellom den straffrie forberedelsen og den straffbare forsøkshandlingen.....	5
2.1.2	Forarbeidene til straffeloven § 49.....	6
2.1.3	Rettspraksisen til straffeloven § 49	9
2.1.4	Oppsummering av rettsstilstanden på området	10
3	TILBAKETREDEN FRA FORSØK.....	11
3.1	Tilbaketreden som opphørsgrunn.....	13
3.2	Vilkårene for straffri tilbaketreden	14
3.2.1	Generelt vilkår om å tre tilbake «af egen fri Vilje».....	15
3.2.2	Nærmere vilkår for tilbaketreden ved ufullendt forsøk	16
3.2.3	Nærmere vilkår for tilbaketreden ved fullendt forsøk	18
3.2.4	Aktiv forebyggelse	18
3.2.5	Betydningen av at virksomheten oppdages	21
3.2.6	Kort om straffeloven av 2005	23
3.2.7	Spesielle tilfeller av tilbaketreden	23
3.3	Forsøk og tilbaketreden fra forsøk etter straffeloven § 233	23
3.4	Forsøk og tilbaketreden fra forsøk etter straffeloven § 162.....	25
4	FORBEREDELSESHANDLINGER SOM SELVSTENDIGE STRAFFEBUD ...	27
4.1	Tilbaketreden fra straffeloven § 147 a femte ledd	28
4.1.1	Kriminalisering av enkelte forberedelseshandlinger	29
4.1.2	Den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 147 a femte ledd.....	30
4.1.3	Forberedelseshandlingen	30
4.1.4	Handlingene må «legge til rette for og peke mot» gjennomføringen.....	32
4.1.5	Skyldkravet etter straffeloven § 147 a femte ledd	34

5	REGLENE OM TILBAKETREDEN I SVERIGE OG DANMARK	36
5.1	Sverige	37
5.2	Danmark.....	38
6	RETTSPOLITISK VURDERING AV REGELEN	39
	LITTERATURLISTE.....	43
	Lovgivning	43
	Utenlandsk lovgivning	43
	Forarbeider	43
	Rettspraksis	43
	Bøker..	44
	Artikler	45

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Tema for oppgaven er forsøk og tilbaketreden fra straffansvar. Det vil i det følgende sees nærmere på hvordan tilbaketreden forholder seg til gjerninger på henholdsvis forsøks- og forberedelsesstadiet. Problemstillingen er todelt: Det skal først drøftes hva som skal til for at en gjerningsperson blir straffri ved tilbaketreden fra forsøk. Dette vil illustreres ved hjelp av straffbare forbrytelser som drap og narkotika. Deretter skal det sees nærmere på en eventuell tilbaketreden fra straffbare forberedelseshandlinger, herunder terrorhandlinger.

Når lovgiver har gjort en handling til en egen forbrytelse, kan det bli aktuelt med forsøk på forbrytelsen. Den som har prøvd å overtre et straffebud men ikke lykkes, kan straffes for forsøk på en forbrytelse. Dersom personen ikke kommer så langt som til forsøksstadiet, foreligger bare en straffri forberedelse. På denne bakgrunn blir det viktig å trekke grensen mellom den straffrie forberedelsen og det straffbare forsøket på handlingen.

Grunnen til at en kriminaliserer forsøkshandlinger er det forbryterske forsettet hos gjerningspersonen. Siden forsøket i seg selv ikke alltid fører til skade, ønsker en ved å straffe forsøkshandlinger å ramme den subjektive overskridelsen av straffebudet.

Enkelte forberedelseshandlinger er blitt gjort til selvstendige forbrytelser av lovgiver. Det betyr at en person som befinner seg på forberedelsesstadiet kan straffes. Det er gjerne forberedelseshandlinger av særlig farlig karakter som lovgiver har gjort til selvstendige forbrytelser.

Når lovgiver har gjort de forberedende handlingene straffbare gjennom selvstendige straffebud, blir gjerningspersonens mulighet til straffri tilbaketreden avskåret. Det betyr at det for forberedelseshandlinger i motsetning til alminnelige forsøkshandlinger ikke er tillatt med straffri tilbaketreden. En rekke forberedende handlinger har vært straffbare i Norge siden kriminalloven,¹ og i løpet av de siste årene har lovgiver gjort flere forberedende handlinger straffbare.

1.2 Avgrensninger

¹ Kriminalloven av 1842, nå opphevet.

Med bakgrunn i problemstillingen min kommer jeg i hovedsak til å konsentrere meg om forsøk og tilbaketreden fra straffansvar etter straffeloven § 50, herunder drap og narkotika. Jeg vil videre se nærmere på tilbaketreden fra forberedelseshandlinger som terror. Jeg avgrenser dermed temaet mitt mot å gjelde andre typer av straffbare forbrytelser. Det er tiden og oppgavens begrensning som har satt rammen for disse avgrensningene.

1.3 Rettskildebildet

1.3.1 Norsk strafferett

Den sentrale rettskilden i den norske strafferetten er straffeloven. Den norske Grunnloven er overordnet straffelovgivningen, og stiller formelle og innholdsmessige krav til straffelovgivningen. De formelle kravene følger av Grunnloven §§ 96 og 97. Ifølge Grunnloven § 96 kan det kun ilegges straff dersom det finnes hjemmel i lov. Med dette menes at domstolene må forankre en straffbar handling i en norsk lovtekst. Straffen kan kun ilegges ved dom og avgjørelsen må være truffet av en uavhengig domstol.² Lovgiveren kan velge å delegere kompetansen til forvaltningen. Straffelovgivningen må også være klar og tilfredsstillende visse minimumskrav når det kommer til presisjonsnivået i straffebestemmelsene.³ Det følger videre av Grunnloven § 97 at straff bare kan ilegges dersom den aktuelle strafferegelen er vedtatt og trådt i kraft på det tidspunktet den straffbare handlingen blir begått.

De innholdsmessige kravene går ut på at lovgiveren ikke kan straffesanksjonere atferd som er grunnlovsstridig. Det er særlig Grunnloven § 2 om religionsfrihet og Grunnloven § 100 om ytringsfrihet som er av betydning. Grunnloven er imidlertid ikke til hinder for lovgivning som setter straff for å bruke disse frihetene på måter som kan skade andre.⁴

Formålet med straffeloven og straffen i norsk rett er individual- og allmennprevensjon.⁵ Med dette menes å styre atferd i fremtiden og bidra til et samfunn og sameksistens som ut fra gjeldende verdiprioriteringer er ønskelig.⁶ Det er diskutert i teorien om hvorvidt straffesystemet fungerer etter sitt formål, men dette kommer jeg ikke til å gå nærmere inn på.⁷

² Straffeloven § 96

³ Eskeland (2013) s. 114

⁴ Eskeland (2013) s. 112-113

⁵ St. meld. nr. 104 (1977-1978) s. 23

⁶ Ot.prp nr. 90 (2003-2004) punkt 6.2

⁷ Eskeland (2013) s. 52-55

Med bakgrunn i det som er nevnt i dette kapittelet er straffeloven en sentral rettskilde i straffetretten. Straffeloven regulerer forsøk og tilbaketreden fra straffansvar. Det rettslige utgangspunktet for masteravhandlingen er någjeldende straffelov fra 1902. Det avgrenses dermed mot straffeloven av 20.mai 2005 nr. 28. Bakgrunnen for dette er at den ikke er trådt i kraft på nåværende tidspunkt. Straffeloven av 2005 vil imidlertid bli omtalt for å påpeke enkelte poeng eller for å gi en fremstilling av utviklingen i lovgivningen.

Jeg har i denne oppgaven sett på forarbeidene til straffeloven innenfor de aktuelle lovbestemmelsene. Jeg har videre sett på aktuell rettspraksis fra Høyesterett. Årsaken til at jeg har fokusert på avgjørelser fra Høyesterett er at det er den øverste domstolsmyndigheten i Norge. Avgjørelsene fra Høyesterett er retningsgivende og gir uttrykk for gjeldende rett på det tidspunktet de treffes. Rettspraksisen til Høyesterett har vist vei i denne oppgaven hvor loven og forarbeidene har vært vage på bakgrunn av gammel lov.

1.3.2 Forholdet mellom norsk og internasjonal rett på strafferettens område

Norge er som stat bundet av folkeretten og ved straffeloven § 1 annet ledd og menneskerettsloven § 2 er deler av folkeretten gjort til en del av norsk strafferett. Forutsetningen er at de er til fordel for borgeren og gir borgeren en bedre rettsstilling enn det vedkommende hadde fått isolert av den norske straffelovgivningen. Det betyr at dersom det er motstrid mellom de norske straffereglene og folkeretten, vil folkeretten få avgjørende vekt. De mest relevante folkerettslige reglene finner vi i de internasjonale menneskerettighetene, EØS-avtalen, krigens folkerett og folkerettens regler om immunitet for statsoverhoder og utenlandske diplomater.

1.4 Videre fremstilling

I del 2 av oppgaven ser jeg generelt på hva som anses som forsøk etter norsk rett. Hovedfokusset blir del 3 hvor jeg ser nærmere på tilbaketreden fra forsøk. I denne delen går jeg inn på vilkårene for tilbaketreden fra forsøk, og de generelle vilkårene for straffri tilbaketreden ved drap og narkotikaforbrytelser. Del 4 i oppgaven vil omhandle forberedelseshandlinger som selvstendige straffebud, og spesielt terrorhandlinger. Jeg vil deretter behandle de tilsvarende reglene i Sverige og Danmark i del 5, etterfulgt av en rettspolitisk vurdering i del 6. Jeg starter med å se på hva som anses som forsøk på en straffbar forbrytelse etter norsk rett.

2 Forsøk

For at en straffbar handling skal anses fullbyrdet etter norsk rett må alle de objektive og som regel de subjektive vilkårene i et straffebud være oppfylt. Gjerningspersonens handling må ha

blitt fullført etter planen. Dersom en person ønsker å drepe eller smugle narkotika vil handlingen være utført når drapet er utført eller når narkotikaen er smuglet.

Ved forsøk på en straffbar handling vil det objektivt sett gjenstå noe. Den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet vil ikke være oppfylt, og gjerningspersonens plan vil være større enn det handlingene tilsier.

Det kan være ulike grunner til at en forbrytelse ikke blir fullbyrdet. En mulighet er at gjerningspersonen ombestemmer seg og ikke ønsker å fullføre handlingen. En annen mulighet er at forsøket slår feil. Gjerningspersonen kan også skyte på offeret men bomme, eller han kan bli oppdaget og stanset.

Kapittel fire i den norske straffeloven tar for seg tilfeller som gjelder forsøk på forsettlig forbrytelser. Normalt sett gjelder gjerningsbeskrivelsen de ulike straffebestemmelsene kun fullbyrdet forbrytelse, men den suppleres av bestemmelsene i straffeloven kapittel fire.⁸ De bestemmelsene i straffeloven som gjelder forsettlig forbrytelser gjelder også forsøk på disse forbrytelsene og må alltid leses med tilføyelsen «eller gjør forsøk på dette».⁹ I det følgende skal jeg se nærmere på hva som anses som forsøk og når forsøk på straffbar handling foreligger.

2.1 Hva anses som forsøk

Den bestemmelsen som forklarer forsøksbegrepet nærmere og når det foreligger, kommer til uttrykk i straffeloven § 49. Bestemmelsen angir både grensen opp og ned mot den fullbyrdede forbrytelse. Straffeloven § 49 første ledd lyder som følgende:

«Strafbart Forsøg foreligger, naar en Forbrydelse ei er fuldbyrdet, men der er foretaaget en Handling, hvorved dens Udførelse tilsigtedes paabegyndt.
Forsøg paa Forseelse er ikke strafbart.»

Ifølge bestemmelsen kan et straffbart forsøk være påbegynt, men ikke fullbyrdet, jfr. bestemmelsens første ledd. Ut i fra ordlyden kan det konkluderes med at dersom forbrytelsen er fullbyrdet vil forsøksstadiet være over. Straffeloven § 49 første ledd setter en øvre grense for hva som regnes som et straffbart forsøk. Forsøket anses å være fullbyrdet når forbrytelsen er full-

⁸ Andenæs (2004) s.344

⁹ Eskeland (2013) s.229

ført. Forbrytelsen er fullbyrdet når vilkårene i straffebudet er oppfylt. Straffeloven § 257 oppstiller for eksempel et vilkår om at gjenstanden må være «borttatt» for at det skal foreligge tyveri. Er gjenstanden borttatt regnes forbrytelsen som fullbyrdet. En voldtekt etter straffeloven § 192 vil på samme måte være fullbyrdet når gjerningspersonen har fremtvunget seksuell omgang med en person. Avgjørelsen av om den straffbare forbrytelsen er fullbyrdet avhenger altså av om vilkårene i et straffebud er oppfylt.

Det følger videre av straffeloven § 49 at gjerningspersonen må ha bestemt seg for å foreta en handling, jfr. «men der er foretaget handling».

Ut i fra ordlyden kan det tenkes at rent forberedende handlinger er gjort straffrie. Dette følger av ordlydens «hvorved dens udførelse tilsigtedes paabegyndt». Utførelse vil da tolkes som det motsatte av forberedelse i denne sammenhengen. Forberedelsens tid må være over og forbrytelsens utførelse må ha startet. Det betyr at loven også gir oss en nedre ramme for det straffbare forsøket.

Det følger videre av ordlyden i straffeloven § 49 at det kun er forsøk på forbrytelse som kan straffes. Bestemmelsen sier «naar en Forbrydelse ei er fullbyrdet». Det betyr at ikke enhver forberedelse av en forbrytelse er straffbar etter norsk rett. Straffeloven § 49 gjelder ikke forseelser. Dette kommer klart frem i bestemmelsens andre ledd som sier at forsøk på forseelse ikke er straffbart. Den tredje delen av straffeloven gjelder dermed ikke ettersom den gjelder forseelser. Forsøk på forseelse kan imidlertid være straffbart dersom det er særskilt bestemt. En rekke steder i særlovgivningen er forsøk på forseelse straffbart, som for eksempel etter tolloven § 16-1.

I det følgende skal jeg rette fokuset mot grensen mellom den straffrie forberedelsen og den straffbare forsøkshandlingen.

2.1.1 Grensen mellom den straffrie forberedelsen og den straffbare forsøkshandlingen

Det følger av straffeloven § 49 at forbrytelsens utførelse må «tilsigtedes paabegyndt». Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden må tiltalte ha startet på den straffbare handlingen for at det skal anses som et straffbart forsøk.

Denne tolkingen av ordlyden vil utelukke en viss type forberedelser da de ikke anses å gi tilstrekkelig uttrykk for en forbrytersk vilje. En person kan for eksempel vurdere å utføre en straffbar handling uten å være helt sikker. Det kan videre tenkes at personen har bestemt seg

for å utføre en straffbar handling men at det ikke holder mål når det kommer til selve utførelsen. I slike tilfeller vil det foreligge en straffri forberedelse.¹⁰

Det vil etter straffeloven § 49 ikke foreligge forsøk på straffbar handling før tiltalte ved tyveri har lagt hånden på en gjenstand i hensikt å «bortta» tingen.¹¹ Et forsøk på seksuell omgang ved vold eller ved truende atferd vil heller ikke foreligge før tiltalte har startet på en seksuell handling.¹²

Uttrykket «tilsiktetes paabegyndt» taler også i retning av at gjerningsmannen må ha et forsett om å utføre forbrytelsen.

2.1.2 Forarbeidene til straffeloven § 49

Det følger av forarbeidene til straffeloven § 49 at ordet «utførelse» i bestemmelsen er ment å trekke en grense mellom handlinger som kun er av forberedende karakter.¹³ Straffelovkommissjonen uttaler at «... den forbryterske virksomhet (må betraktes) i sin totalitet og dens enkelte akter i sin innbyrdes sammenheng, og at det avgjørende da er, om herved et bestemt forbrytersk forsett har åpenbart seg gjennom handlinger som utvetydig peker mot et forbrytersk mål ...»¹⁴ Forarbeidene viser til juridisk teori for veiledning av spørsmålet om hvordan grensen bør trekkes. De viser til Hagerup som uttaler at det avgjørende må være om «handlingen, naar den forbryderske virksomhed sees i sammenhæng og i lys af samtlige ledsagende omstændigheder, give tilkjende, at gjerningsmanden nu gaar lige løs paa et forbryders maal».¹⁵ Det vil si at den tiltaltes opptreden ikke lenger forbereder eller overveier å utføre den straffbare handlingen. Den tiltalte har satt i verk den straffbare handlingen.¹⁶

Juridisk teori utdyper hva som menes med «utførelse» i straffeloven § 49. Andenæs uttaler at «utførelse» skal tolkes slik at tiltalte må ha begynt på den handlingen som straffebudet beskriver, og at det ikke vil være naturlig eller heldig å trekke trange grenser på dette området.¹⁷ Han er enig med Hagerup vedrørende tolkingen av begrepet «tilsiktetes».

¹⁰ Andenæs (2004) s.347

¹¹ Straffeloven §257 jfr. § 49

¹² Straffeloven §192 jfr. § 49

¹³ SKM 1896 s. 90

¹⁴ Ibid

¹⁵ Hagerup (1930) s.185

¹⁶ Andenæs (2004) s. 347

¹⁷ Andenæs (2004) s. 347

Forarbeidene og juridisk teori tilsier at straffbarheten avhenger av om atferden er tilstrekkelig straffverdig.¹⁸ Spørsmålet i denne sammenheng blir hva som regnes som tilstrekkelig straffverdig til å være en straffbar overtredelse av det aktuelle straffebud.

For at forsøket skal regnes som straffbart er forutsetningen at det foreligger et fullbyrdelsesforsett. Den tiltalte må alltid ha forsett om å utføre forbrytelsen. Vedkommende må ha overveiet og bestemt seg for dette. Selv om gjerningspersonen oppfyller de objektive vilkårene i et straffebud og har kommet ganske nær oppfyllelsen av den forbryterske handlingen, vil ikke et straffbart forsøk foreligge dersom fullbyrdelsesforsett mangler.¹⁹ Det betyr at en person ikke gjør seg skyldig i drap hvis vedkommende svinger med øksen mot motstanderens hode og det er hans tanke å endre retningen i siste øyeblikk. Et annet tilfelle kan være hvor en person melder seg inn i fiendtlig krigstjeneste og vet at han eller hun ikke er stridsdyktig.²⁰ I disse tilfellene mangler personene forsett om å utføre forbrytelsen og skal som følge av det ikke straffes for straffbart forsøk.

Det er et bevissspørsmål om det foreligger fullbyrdelsesforsett. Det betydningsfulle vil være tiltaltes fortid og karakter. I tillegg foreligger det et krav om at fullbyrdelsen etter tiltaltes forutsetning skjer i nokså umiddelbar sammenheng med den foretatte handling. Eksempelvis vil det i norsk rett ikke anses som straffbar handling å handle inn redskaper man kan bruke for den straffbare handelen, treffe avtale med andre eller foreta undersøkelser på åstedet. Dersom man knuser et vindu for å komme seg inn til en leilighet i den hensikt å stjele noe, vil man bli straffet for forsøk på innbrudd. Dersom den tiltalte kun har hensikt om å gjøre klart i dag og utføre innbruddet i morgen vil dette være en forberedende handling og ikke straffbart forsøk.²¹

Når resultatet av forberedelseshandlingene skal inntreffe er uten betydning. Dersom den tiltalte har gjort alt som er nødvendig for at resultatet skal inntre er det ikke lenger tale om en forberedelse.²² A kan for eksempel lure inn giftpiller av liknende utseende som sovetablettene til B og det kan gå lengre tid før planen om drap lykkes. I et slikt tilfelle kan B straffes for forsøk på drap og det er ikke lenger tale om en forberedelse.

Det kan tenkes tilfeller hvor den tiltalte tror han er på forberedelsesstadiet, men en uforutsett utvikling medfører en skadelig virkning. En kvinne kan for eksempel ønske å ta livet av sin mann. Kvinnen har skaffet seg en flaske med gift som hun vurderer å gi mannen i maten. Der-

¹⁸ Eskeland (2013) s. 232.

¹⁹ Andenæs (2004) s. 348.

²⁰ Ibid

²¹ Andenæs (2004) s. 348

²² Andenæs (2004) s. 349

som mannen en dag drikker fra flasken i tro om at det var hostesaft og dør, kan kvinnen ikke straffes etter norsk rett. Bakgrunnen for dette er at hun ennå var i den straffrie forberedelses-sonen og utviklingen ikke var en del kvinnens forsett. Kvinnen kan imidlertid bli dømt til straff etter straffeloven § 239, det vil si straff for uaktsomt drap.²³

En annen praktisk problemstilling er når den tiltalte tror han er på det straffrie forsøksstadiet, men hvor handlingene er nok til å fremkalle resultatet. Den tiltalte kan for eksempel ha gitt mannen små doser med gift til middagen. Hun beregner at han skal dø etter ti doser, men han dør allerede etter to. Problemstillingen blir om tilfellet omfattes av det straffrie forsøksstadiet. I et slikt tilfelle vil vedkommende bli straffet for fullbyrdet drap. Begrunnelsen for dette er at vedkommende hadde kommet over grensen for det straffbare. At resultatet er inntrådt på en annen tid enn det den tiltalte forutså er da ubetydelig.²⁴

Et annet spørsmål som oppstår er om den tiltaltes subjektive forestillinger fullt ut er avgjørende for at det skal regnes som et straffbart forsøk. Er det av betydning at et forsøk på drap for eksempel er gjort med utjenlig middel eller mot et utjenlig objekt? Ett eksempel på dette er at tyveriet blir utført mot en tom lomme.²⁵

Det eneste som kan fritas for straff i norsk rett er et forsøk som på grunn av midlets eller objektets art ikke kunne føre til resultatet.²⁶

Det har foreligget forsøk på å sette opp begrensninger for at slike tilfeller ikke skal anses alvorlig nok til å bli straffet gjennom lovgivningen på området. Dette ble slått fast i en bestemmelse i Kriminalloven av 1842. I den någjeldende straffeloven er det ment at ordene «tilsigtes paabegyndt» i straffeloven § 49 skal videreføre det samme.

I motivene til straffeloven står det at «den Begrænsning, som ligger deri, at i sig selv ydre retmæssige, regelrette Handlinger altid maa ansees for ustraffelige, selv om den foretages for at fremkalde en Skade, og selv om Skaden derved fremkaldes».²⁷ Utsagnet kan tolkes slik at forsøksstraff skal være utelukket, men straffverdigheten er den samme som ellers. Uttalelsen er ment å omfatte hvor den handlende ikke fremkaller og ikke regner med å fremkalle større fare enn han har lov til.²⁸

²³ Ibid s. 350

²⁴ Ibid

²⁵ Ibid s. 352

²⁶ Ibid

²⁷ SKM. 1896 s. 93 note 3

²⁸ Andenæs (2004) s. 353

Handlinger som skyldes ren overtro er også unntatt fra forsøksstraff. Også imaginær forbrytelse er utelukket. Med dette vil si at en person tror handlingen er straffbar uten at den er det. Det er ikke grunnlag for å anvende straff da vedkommende ikke har brutt noen bestemmelse i loven.²⁹

2.1.3 Rettspraksisen til straffeloven § 49

I det følgende skal jeg se nærmere på hvordan Høyesterett har tolket forsøkssansvaret og hvordan de trekker grensen. Gjennom rettspraksis får vi innblikk i hvordan bestemmelsen blir tolket og praktisert av domstolene og hvilke momenter de vektlegger ved vurderingen av om gjerningspersonen kan straffes for forsøk.

Den sentrale dommen innenfor feltet er Rt. 1939 s. 890. En person var tiltalt for forsøk på straffbar handling da han hadde lokket en fem år gammel jente på et loft ved å gi henne sjokolade og to kroner. Vedkommende ble hindret av en tredjeperson i å få henne inn på sitt loftværelse da tredjepersonen tok med seg jenta. Spørsmålet var om den tiltalte kunne dømmes etter forsøk på utuktig handling etter daværende straffelov § 212 annet ledd. Den tiltalte ble dømt for forsøk på utuktig handling. Flertallet uttalte at tiltaltes opptreden hadde kommet langt mot forbrytelsens utførelse. Det var ikke tvil om at han hadde fullført forbrytelsen dersom han ikke hadde blitt hindret av tredjemann.³⁰

I en annen dom, Rt. 1991 s. 95, hadde tiltalte stjålet et visst antall med sjekker som han hadde fylt ut med falsk underskrift. Formålet var å sette inn sjekkene i 140 antall ulike bankkonti som han skulle opprette i eget eller andres navn. Det eneste som gjensto var å få numrene på disse. Den tiltalte ble dømt for grovt bedrageri. Førstvoterende som hadde tilslutning fra fire andre dommere uttalte:

«De bedragerihandlinger domfelte var i ferd med å skulle foreta, forutsatte et omfattende forberedende opplegg, med handlinger som bl.a. innebar fullbyrdede overtredelser av andre straffebud. Handlingsforløpet uttrykker et konsekvent forbrytersk forsett, og det ble avbrutt ved at domfelte ble pågrepet før han fikk opplyst de kontonummer som før utsendelsen måtte påføres de ellers ferdig utfylte sjekkene. ... De handlinger domfelte utførte før han ble pågrepet, ligger både i tid og

²⁹ Ibid s. 354

³⁰ Rt 1939 s. 890, s. 891

karakter så nær opp til selve bedragerihandling som han ble avskåret fra å utføre, at jeg ... finner at det foreligger straffbart forsøk.»

Ut i fra disse dommene kan en trekke ut at de avgjørende momentene er om gjerningspersonen har foretatt seg noe som er ment å lede direkte til utførelsen av den straffbare handlingen. Det tidsmessige aspektet spiller stor rolle. Det som taler sterkt for at forsøket er straffbart er den tidsmessige nærheten mellom de handlingene som er foretatt av den tiltalte og fullbyrdelse av handlingen.

Et annet moment er den psykologiske forskjellen mellom handlingen den tiltalte har utført og det som gjenstår. I en nyere Høyesterettsdom, Rt. 2008 s. 867, ble et lignende tilfellet behandlet. Her ble ikke handlingen ansett som et forsøk på straffbar handling. I saken hadde en mann inngått avtale med en jente på 14 år og ni måneder. Ifølge avtalen skulle de møtes og ha seksuell omgang på et hotellrom. De møttes på hotellrommet og den unge jenta trakk seg. Mannen godtok dette og kjørte henne hjem. Ifølge Høyesterett hadde mannen et fast forsett om å gjennomføre seksuell omgang med fornærmede, men ble fritatt for forsøk på seksuell omgang med en mindreårig etter straffeloven § 196. Høyesterett la vekt på at det var stor psykologisk forskjell mellom det tiltalte hadde utført og seksuell omgang med en mindreårig. Etter en samlet vurdering konkluderte Høyesterett med at dette var et grensetilfelle.

Det avgjørende ut i fra disse dommene og den lange rettspraksisen innenfor dette området er det tidsmessige aspektet og den psykologiske forskjellen mellom det som er foretatt og det som gjenstår. Når det fysisk og psykisk gjenstår en del og handlingen tidsmessig ikke er nærme fullbyrdelsen skal det mer til for at det straffbare forsøket foreligger. Jeg kommer tilbake til disse momentene når jeg går nærmere inn på de ulike straffebudene i punkt 3.3 og 3.4.

2.1.4 Oppsummering av rettstilstanden på området

Straffeloven § 49 gir oss en øvre og en nedre grense på hva som anses som forsøk på en straffbar forbrytelse. Dersom den øvre grensen er overtrådt vil de objektive vilkårene i et straffebud være oppfylt. Dermed foreligger det en fullbyrdet forbrytelse og gjerningspersonen kan straffes. Den nedre grensen er grensen hvor den straffrie forberedelsen foreligger. En person har eksempelvis skaffet seg oversikt over stedet han kan foreta den straffbare handlingen, anskaffet seg redskaper eller prøvd å få andre til å delta i handlingen. Dette vil ikke være straffbart etter norsk rett da det ikke gir nok uttrykk for en forbrytersk vilje.

Det er grensen mellom den straffrie forberedelsen og det straffbare forsøket som er tvilsom. Her gir forarbeidene, teorien og særlig rettspraksis veiledning og momenter ved vurderingen av om det foreligger et straffbart forsøk. Det må foretas en helhetsvurdering hvor gjernings-

personens forbryterske forsett blir tatt i betraktning. I tillegg må momenter som tidsaspektet og den psykologiske forskjellen mellom det som er utført og det som gjenstår tillegges vekt.

Med bakgrunn i fremstillingen av forsøksregelen i del 2, skal jeg i det følgende behandle reglene om tilbaketreden fra forsøk.

3 Tilbaketreden fra forsøk

Hovedregelen i norsk strafferett er at forsøk på forbrytelse er straffbart. Det betyr at en handling ikke blir straffri selv om en i ettertid angreir eller forebygger de skadelige følgene av handlingen. Straffeloven inneholder en bestemmelse som oppstiller et unntak fra dette. Straffeloven § 50 bestemmer at en ellers straffbar handling under visse betingelser kan føre til straffrihet. Bestemmelsen gjelder for alle straffbare forsøkshandlinger, jfr. straffeloven § 1.

Det fremgår av straffeloven § 50 at straffen for forsøket bortfaller, hvis gjerningspersonen gjør det som er nødvendig for å forhindre at forsøk på en forbrytelse blir fullbyrdet. Dette kalles gjerne tilbaketreden fra forsøk. Bakgrunnen for kriminalisering av forsøkshandlinger var å ramme den forbryterske viljen hos gjerningspersonen. Siden en gjerningsperson som frivillig trekker seg tilbake fra et forsøk ikke viser noen fast forbrytersk vilje, vil dette stille seg annerledes ved tilbaketreden fra forsøk.³¹ Det er hovedgrunnen til at tilbaketreden er en opphørsgrunn for pådratt straffansvar.³²

Kriminalpolitiske hensyn taler for å la straffen falle bort i disse situasjonene. Regelen kan motivere gjerningspersonen til ikke å gjennomføre den påbegynte handlingen. Den kan også virke som en belønning for den som snur i tide. For at bestemmelsen skal motivere og virke etter sin hensikt er det imidlertid en forutsetning at gjerningspersonen har kjennskap til regelen. Det vil ikke alltid være tilfellet at gjerningspersonen har kjennskap til bestemmelsen. Det kan likevel ikke ses bort fra at regelen har en viss moraliserende effekt på samfunnet og derfor kan virke allmennpreventivt.³³

Videre kan bestemmelsen oppfordre lovbyteren til å tre tilbake fra forsøket og dermed avverge faren for samfunnsskade. I tillegg kommer rettferdighetsbetraktninger. Det fremstår som

³¹ Andenæs (2004) s. 360

³² Eskeland (2013) s. 239

³³ Røstad (1993) s. 251

rimelig og rettferdig at en person ikke blir straffet når vedkommende avstår fra å fullbyrde en forbrytelse. Heller ikke individual- eller allmennpreventive hensyn taler med særlig styrke for straff når det straffverdige ved handlingen er borte.

En forutsetning for at straffeloven § 50 skal komme til anvendelse er at gjerningspersonen har passert den straffrie forberedelse. Dette innebærer at forsøkets nedre grense er overskredet, jfr. punkt 2.1.1. Dersom gjerningspersonen ikke har passert forberedelsesstadiet, har han heller ikke pådratt seg noe straffeansvar. Dermed er straffriheten ved tilbaketreden utelukket. Dette kan også illustreres ved hjelp av et eksempel: A ønsker å påføre B en legemsbeskadigelse og lurer han med seg ut av huset. Utenfor huset ombestemmer han seg og lar planen være. A vil da være straffri ikke på grunn av tilbaketreden, men fordi han kun har utført en straffri forberedelseshandling.

Videre kan en gjerningsperson ikke bli straffri etter straffeloven § 50 hvis han har passert forsøkets øvre grense. På det tidspunktet forsøket går over til fullbyrdelse er forbrytelsen fullendt og det foreligger ingen forsøk. Dette gjelder selv om gjerningspersonen prøver å reparere det gale han har gjort. Dersom en tyv for eksempel tar varer fra en butikk og legger de i sin veske er tyveriet fullbyrdet. Hvis han i ettertid angrep og plasserer tingene tilbake i hyllen, vil det ikke være tale om tilbaketreden fra forsøk. Varene vil da være «bortatt» etter straffeloven § 257 og fullbyrdet tyveri vil foreligge.

Etter en isolert tolking av ordlyden i straffeloven § 50 retter bestemmelsen seg bare mot tilbaketreden fra forbrytelser. Det er imidlertid sikker rett at § 50 også gjelder i tilfeller hvor forsøk på forseelse unntaksvis er straffbart.³⁴ Det er naturlig å tolke uttrykket slik at tilbaketreden fra forsøk på forseelse ikke kan bli strengere bedømt enn tilbaketreden fra forsøk på en forbrytelse. Når forseelser likevel ikke er uttrykkelig nevnt i § straffeloven 50, kan det ha sammenheng med at forsøk på forseelse ofte ikke er straffbart, jfr. § 49 annet ledd.

I det følgende er problemstillingen hvordan straffeloven § 50 forholder seg til handlinger på forsøksstadiet. Det skal drøftes hva som etter gjeldende rett skal til for at en lovovertreder skal bli straffri ved tilbaketreden fra forsøk. Hensikten med dette er å klarlegge den materielle siden av tilbaketreden fra forsøk og forklare sammenhengen mellom forsøk og tilbaketreden. Med bakgrunn i dette skal det deretter sees på tilbaketreden fra noen konkrete straffebud, straffeloven §§ 162 og 233.

³⁴ Slettan (2001) s. 81

3.1 Tilbaketreden som opphørsgrunn

Før vilkårene for strafffri tilbaketreden etter straffeloven § 50 gjennomgås, er det nødvendig å si noen ord om bestemmelsens karakter og den rettslige betydningen av at det foreligger tilbaketreden. Straffeloven § 50 lyder som følgende:

«Forsøgets Strafbarhed bortfalder, saafremt den skyldige af egen fri Vilje enten afstaar fra den forbryderske Virksomhed, før endnu fuldendt Forsøg foreligger, eller forebygger den Følge, ved hvis Indtrædelse Forbrydelsen vilde være fuldbyrdet, forinden han endnu ved, at den forbryderske Virksomhed er opdaget.»

Det fremgår av ordlyden i straffeloven § 50 at gjerningspersonen skal frifinnes hvis han frivillig trer tilbake fra et forsøk på en forbrytelse. Av uttrykket «Strafbarhed bortfalder» følger det at bestemmelsen er obligatorisk. Det innebærer at virkningen må bli frifinnelse dersom vilkårene er oppfylt og at det ikke er opp til dommerens skjønn å vurdere om ansvaret bortfaller. Selv om det foreligger tilbaketreden fra forsøk som gjør en handling straffri, kan gjerningspersonen ha fullbyrdet andre forbrytelser på veien som han kan straffes for.³⁵ I situasjoner der vilkårene for tilbaketreden ikke er tilstede, kan resultatet ikke bli frifinnelse. Det kan likevel i enkelte tilfeller bli aktuelt med straffenedsettelse etter straffeloven § 59.³⁶

Ettersom begrepsbruken i litteraturen er ulik, er det nødvendig å reise spørsmålstegn ved hva slags regel straffeloven § 50 er. En mulighet er å betrakte bestemmelsen om tilbaketreden som en form for ansvarsfravall. Begrunnelsen for dette er at gjerningspersonen trer tilbake fra et pådratt straffeansvar som kun gjelder i en kort stund. Argumentet for å bruke straff får mindre styrke på grunn av gjerningspersonens opptreden etter forsøket. Dette vil føre til at straffeansvaret bortfaller. En annen mulighet er å betrakte regelen som en straffefravallsregel. Bakgrunnen for det er at gjerningspersonen først pådrar seg straffansvar, men deretter unngår straff. Dette på samme måte som der ansvaret foreldes eller gjerningspersonen dør. Regelen har trekk som gjør at vi både kan anse den som en regel om skyld og som en regel om straff.³⁷

I rettspraksis har avgjørelsen om tilbaketreden blitt sett på som et spørsmål om skyld, og ikke som et spørsmål om straff.³⁸ Siden tilbaketreden fra forsøk sier noe om gjerningspersonens skyld, må juryen svare nei på skyldspørsmålet hvis det foreligger straffri tilbaketreden.³⁹

³⁵ Bratholm (1980) s. 348, Andenæs (2004) s. 365

³⁶ Andenæs (2004) s. 360

³⁷ Andenæs (2004) s. 365, Eskeland (2013) s. 271

³⁸ Rt. 1905 s. 839

Forarbeidene omtaler i hovedsak regelen om tilbaketreden som en straffebortfallsgrunn. Forsøket er i utgangspunktet straffbart, men straffen bortfaller på grunn av den etterfølgende handlemåten til gjerningspersonen.⁴⁰ Eskeland derimot behandler tilbaketreden som en regel om straffeopphørsgrunn, men han skiller tilbaketreden fra foreldelse og død. Etter Eskelands syn er den straffbare handlingen ved disse opphørsgrunnene like straffverdig som før. Det er etterfølgende endelser løstrevet fra handlingen som gjør at straffen faller bort.⁴¹ Andenæs på sin side betrakter regelen som en etterfølgende straffefrihetsgrunn, fordi spørsmålet ifølge han hører til skyldspørsmålet.⁴²

Siden den som trer tilbake ikke viser noen fast forbrytersk vilje kan det være naturlig å se spørsmålet om tilbaketreden som et spørsmål om ansvarsfrafall. Etter mitt syn kan det imidlertid være like naturlig å betrakte bestemmelsen som en form for straffebortfallsgrunn. Grunnen til dette er at gjerningspersonen allerede har overtrådt den straffrie forberedelse, og dermed overtrådt det straffebudet verner. En etterfølgende handling kan av den grunn ikke oppheve straffeansvaret han har pådratt seg, men den kan la straffen falle bort. At straffansvaret ikke faller bort i ettertid er dessuten i samsvar med erstatningsrettslige regler. Selv om gjerningspersonen trer tilbake fra et forsøk er han likevel ansvarlig for skade som er forårsaket.

Før den nye straffeloven ble vedtatt avveide lovgiver om det var grunn til å endre straffeloven § 50 fra å være en obligatorisk regel til å bli en såkalt «kan-regel». I et slikt tilfelle ville det vært opp til domstolen å fritta for straff. Departementet konkluderte imidlertid med at det ikke var behov for noen endring. Dersom bestemmelsen hadde blitt endret hadde det vært opp til dommerens skjønn å vurdere om ansvar bortfaller. Dette ville medføre at regelen endret karakter og i stedet ble en straffenedsettelsesgrunn.⁴³ Når departementet ikke så behov for endring, betyr det at den rettslige virkningen av tilbaketreden videreføres i den nye straffeloven av 2005.

3.2 Vilkårene for straffri tilbaketreden

For at det skal foreligge straffri tilbaketreden fra forsøk må alle vilkårene i straffeloven § 50 være oppfylt. Bestemmelsen regulerer to ulike situasjoner: Tilbaketreden fra ufullendt forsøk og tilbaketreden fra fullendt forsøk. Det siste kommer ikke direkte til uttrykk i lovteksten,

³⁹ Andenæs (2004) s. 365

⁴⁰ Se blant annet NOU 1992: 23 s. 86-87, Mæland (2004) s. 94 og Strandbakken (2003) s. 438.

⁴¹ Eskeland (2013) s. 371.

⁴² Andenæs (2004) s. 365

⁴³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 200-201

men følger av bestemmelsens oppbygning og sammenhengen med det ufullendte forsøk i første alternativ. Vilkårene for frifinnelse er ulike i de to situasjonene, men felles for begge alternativene er at gjerningspersonens tilbaketreden skjer «af egen fri Vilje». I det følgende vil fremstillingen av vilkårene først ta utgangspunkt i det generelle frivillighetsvilkåret. Det vil dretter skilles mellom tilbaketreden ved fullendt og ufullendt forsøk.

3.2.1 Generelt vilkår om å tre tilbake «af egen fri Vilje»

Hva som ligger i uttrykket «af egen fri Vilje» fremgår ikke klart av lovteksten. En måte å tolke ordlyden på er at beslutningen om å gi opp forsøket er en følge av gjerningspersonens egne tanker, og ikke forårsaket av ytre omstendigheter. Det kan imidlertid virke noe urimelig at gjerningspersonen ikke kan ta i betraktning noen av forholdene han befinner seg i. En mer naturlig forståelse av uttrykket peker derfor i retning av at gjerningspersonen må ha tatt valget mellom å fullbyrde eller avbryte forbrytelsen.

Grunnen til at en gjerningsperson trer tilbake er ofte at han angrer seg. Det er imidlertid ingen krav om at gjerningspersonen angrer, og vilkåret om tilbaketreden er like fullt oppfylt hvis han av andre årsaker foretar et selvstendig valg.⁴⁴ Det må for eksempel legges til grunn at gjerningspersonens tilbaketreden er frivillig hvis vedkommende trer tilbake fra forsøket fordi han er redd for å bli oppdaget. Andre grunner kan være at den planlagte handlingen blir vanskeligere enn tenkt eller at utbyttet av ranet ikke blir like stort. Poenget kan illustreres ved hjelp av et eksempel: En gjerningsperson prøver å bryte opp et vindu for å begå et tyveri, men bruker lenger tid enn antatt. Han trer tilbake fordi han mener risikoen for å bli oppdaget blir større. Kravet om frivillighet vil her være oppfylt. Det vil også være tilfellet hvis han trer tilbake og samtidig bestemmer seg for å komme tilbake.

Det kan oppstå vanskelige grensetilfeller hvis gjerningspersonen trer tilbake fordi han opplever hindringer. Dersom gjerningspersonen ikke har mulighet til å fullbyrde forsøket på grunn av et hinder, vil ikke personens tilbaketreden anses som frivillig.⁴⁵ Rt.1952 s. 742 omhandlet en drosjesjåfør som hadde prøvd å gjennomføre samleie i bilen med en mindreårig jente som hadde samtykket. Drosjesjåføren ble dømt for forsøk på utuktig omgang med et barn under 14 år. Begrunnelsen for dette var at drosjesjåførens tilbaketreden ikke hadde karakter av frivillighet. Høyesterett la til grunn at han hadde «avstått fra virksomheten fordi han fant det

⁴⁴ Bratholm (1980) s. 344.

⁴⁵ Rt. 1952 s. 742

umulig å gjennomføre et samleie inne i bilen og piken ikke var villig til å ha samleie med han utenfor bilen i det fri».⁴⁶

Dommen viser at det ikke foreligger frivillig tilbaketreden fra forsøk der gjerningspersonen møter på et absolutt hinder for fullbyrdelse. Det er heller ikke språklig sett naturlig å betegne det som frivillig tilbaketreden når personen avstår på grunn av et absolutt hinder. I dette tilfellet vil hindringen være grunnen til at han trer tilbake, og ikke hans frie vilje. Hvis det skal være aktuelt med straffri tilbaketreden fra forsøk må det være en mulighet for at forbrytelsen kan gjennomføres.

Videre reiser det seg spørsmål om relative hindringer avskjærer muligheten til straffri tilbaketreden. Eksempler på slike hindringer kan være at porten gjerningspersonen skulle åpne den aktuelle kvelden hadde ekstra sikkerhetslås eller at utstyret for å bryte opp sviktet. Her er det antatt at vilkåret om frivillig tilbaketreden er oppfylt hvis det dreier seg om hindringer han har en rimelig mulighet til å overvinne.⁴⁷ Da straffeloven av 1902 ble utarbeidet, anså lovgiver det ikke som nødvendig å ha med i lovbestemmelsen at relative hindringer ikke utelukker straff.⁴⁸

Rettspraksis oppstiller en regel om at vilkåret om frivillighet er oppfylt hvis gjerningspersonen er overbevist om å gjennomføre forbrytelsen. Dette til tross for de nye omstendighetene. I Rt. 2005 s. 1625 formulerte Høyesterett vilkåret slik: «Gjerningspersonen må ha oppgitt forsøket til tross for at han mente å kunne oppnå sitt resultat ved å fortsette».⁴⁹

Vilkåret om frivillig tilbaketreden vil som oftest ikke være oppfylt hvis gjerningspersonen kan fullbyrde men vil bli pågrepet rett etter fullbyrdelsen.⁵⁰ Betydningen av oppdagelse drøftes nærmere i punkt 3.2.5.

Det generelle vilkåret om å tre tilbake av egen fri vilje videreføres i straffeloven av 2005 § 16 andre ledd. Ordlyden i den nye bestemmelsen er «frivillig».

3.2.2 Nærmere vilkår for tilbaketreden ved ufullendt forsøk

For at straffen skal bortfalle etter straffeloven § 50 første alternativ er det et krav om at forsøket ikke er fullendt. Et ufullendt forsøk foreligger hvis gjerningspersonen ennå har noe igjen å

⁴⁶ Rt. 1952 s. 742 s. 745

⁴⁷ Andenæs (2004) s. 361

⁴⁸ SKM. 1896 s. 63

⁴⁹ Rt. 2005 s. 1625 avsnitt 11

⁵⁰ Andenæs (2004) s. 361-362, Skeie (1946) s. 299-300, Bratholm (1980) s. 345

foreta før forbrytelsen er fullbyrdet.⁵¹ Han har for eksempel åpnet skapet for å stjele, men ennå ikke tatt noe. Han har gått til angrep på en kvinne for å voldta, men ennå ikke oppnådd sin hensikt. I begge situasjonene er det noe som gjenstår- gjerningspersonen må ta noe fra skapet eller han må gjennomføre samleie for at den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet er oppfylt. Et ufullendt forsøk foreligger med andre ord helt til ingenting gjenstår, og det typiske er at handlingen går over i fullbyrdet forbrytelse når den er fullendt.

For at gjerningspersonen skal bli straffri i disse situasjonene kreves det etter ordlyden i straffeloven § 50 at han «af egen fri Vilje... afstaar fra den forbryderske Virksomhed». Det fremgår ikke uttrykkelig av bestemmelsens ordlyd om vilkåret «forinden han endnu vet, at den forbryderske Virksomhed er opdaget» både gjelder i forhold til fullendte og ufullendte forsøk. Det følger av lovens motiver at dette vilkåret kun skal sees i sammenheng med det fullendte forsøk.⁵² Det innebærer at vilkåret bare har indirekte betydning ved ufullendte forsøk. Tredjepersons oppdagelse av virksomheten kun vil inngå som et moment i bedømmelsen av om gjerningspersonen har trådt tilbake fra forsøket.

En naturlig språklig forståelse av vilkåret «afstaar» tilsier at det ikke er krav om noen positiv virksomhet fra gjerningspersonens side. I motsetning til det som kreves etter fullendte forsøk, er det ved ufullendte forsøk tilstrekkelig at gjerningspersonen gir opp forsøket. Et eksempel på dette er overgriperen som stanser før det foreligger tvungen seksuell omgang.

En problemstilling er hvordan situasjoner hvor gjerningspersonen kun i en kort periode avstår fra å fullbyrde en forbrytelse behandles. Det kan tenkes et tilfelle hvor gjerningspersonen midlertidig utsetter virksomheten for deretter å fullbyrde på et senere tidspunkt. Oppfylles i dette tilfellet vilkåret om at gjerningspersonen «afstaar fra den forbryderske Virksomhed»?

Dersom det kun dreier seg om en utsettelse av den forbryterske virksomheten til et senere tidspunkt, kan det etter mitt syn vanskelig sies at personen «afstaar» fra virksomheten. Han vil da ikke avstå, men bare utsette virksomheten. Kanskje utsetter han den til et tidspunkt hvor risikoen for oppdagelse er liten. I tillegg viser han det forbryterske forsett. Trer han imidlertid tilbake fra forsøket fordi han for eksempel vil endre måten han vil gjennomføre virksomheten på, er det etter mitt syn mer nærliggende å tenke at han avstår fra den forbryterske virksomheten.

⁵¹ Andenæs (2004) s. 361

⁵² SKM 1896 s. 94

Straffeloven av 2005 viderefører den forståelsen av ufullendt forsøk som vi finner i straffeloven av 1902.

3.2.3 Nærmere vilkår for tilbaketreden ved fullendt forsøk

Etter straffeloven § 50 andre alternativ kan straffen falle bort ved fullendte forsøk. Et fullendt forsøk foreligger når gjerningspersonen har gjort alt som er nødvendig for at fullbyrdelse skal skje, uten at resultatet inntreffer.⁵³ Det betyr at det i utgangspunktet vil gå en viss tid fra gjerningspersonen har gjort det nødvendige for at fullbyrdelse skal skje, til fullbyrdelsen faktisk skjer. Et typisk eksempel på dette er gjerningspersonen som plasserer en bombe ved et kjøpesenter som enda ikke har eksplodert. Her vil forsøket etter en stund gå over i fullbyrdet forbrytelse hvis gjerningspersonen ikke foretar seg noe mer. Det er mulig med straffri tilbaketreden.

I enkelte tilfeller inntreffer fullbyrdelsen sammen med gjerningspersonens handling, slik at det ikke er mulig med straffri tilbaketreden.⁵⁴ Et eksempel på dette er dersom en person griper til en kniv og forvolder en annen persons død. Er skadene derimot ikke alvorlige nok til en øyeblikkelig død, kan det gå en viss tid mellom gjerningspersonens handling til personen faktisk dør av skadene. Hvis gjerningspersonen i dette tidsrommet avverger at personen dør, kan det foreligge en straffri tilbaketreden fra et fullendt forsøk.

Etter direkte tolking av ordlyden er tilbaketreden ikke mulig hvis forsøket slår feil, for eksempel hvis en person som løsner skudd bommer på målet. Grunnen til det er at det ikke er noen handling å tre tilbake fra.

3.2.4 Aktiv forebygging

Ettersom fullendte forsøk er nærmere fullbyrdelse enn ufullendte forsøk, oppstiller straffeloven § 50 strengere vilkår for det fullendte forsøk. For at straffen skal falle bort ved fullendte forsøk kreves det etter ordlyden at gjerningspersonen positivt «forebygger den Følge, ved hvis Indtrædelse Forbrydelsen vilde være fuldbyrdet». I dette ligger det et krav om at han ved sin avvergelseshandling aktivt forebygger følgen. Det er ikke tilstrekkelig at han avstår fra videre handling, slik som ved ufullendte forsøk. I eksempelet over i punkt 3.2.3 må det for eksempel kreves at gjerningspersonen kobler ut tidsinnstillingen på bomben. Vilkåret har sammenheng med at følgen ellers vil inntre hvis gjerningspersonen ikke foretar seg noe mer.

⁵³ Andenæs (2004) s. 362

⁵⁴ Rt. 1989 s. 1075

I uttrykket «forebygger» ligger det at gjerningspersonen må lykkes i å avverge at følgen inntreffer. Dersom han ikke klarer å forebygge straffes han for fullbyrdet forbrytelse.⁵⁵ Et eksempel er hvis en brannstifter senere angrer og går tilbake for å slukke brannen, men finner et nedbrent hus. Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden vil straffri tilbaketreten her være utelukket. Ettersom denne problemstillingen har nær tilknytning til den generelle regel om tilbaketreten og dens begrunnelse, er det nødvendig å drøfte løsningen nærmere.

Slik uttrykket «forebygger» tolkes etter gjeldende rett vil en gjerningsperson som prøver å avverge følgen av det han har satt i gang, straffes fordi følgen likevel inntreffer. Løsningen er ikke helt i overensstemmelse med det generelle hensynet bak regelen om straffri tilbaketreten. Som nevnt innledningsvis er begrunnelsen for frivillig tilbaketreten at handlingen ikke gir uttrykk for noen fast forbrytersk vilje. Når gjerningspersonen avstår eller forebygger skaden vil det opprinnelige forbryterske forsett bortfalle.

Hensynet til helhet og konsekvens samt begrunnelsen bak regelen i straffeloven tilsier at det er gjerningspersonens innsats som bør være avgjørende, og ikke om gjerningspersonen faktisk lykkes i å forebygge følgen av handlingen. Dette vil også være det mest rettferdige overfor en som angrer, men som likevel ikke klarer å avverge følgen. Straffelovkommisjonen kom inn på spørsmålet i forbindelse med utkastet til den nye straffeloven, og uttalte at regelen kan virke uheldig i visse situasjoner. Disse situasjonene kan være forhold gjerningspersonen ikke har kontroll over. Ifølge straffelovkommisjonen og departementet ville dette likevel være å gå for langt, på grunn av hensynet til effektivitet.⁵⁶

Det er klart at vanskelige bevissspørsmål kan oppstå dersom mislykkede forsøk på forebygging kan føre til straffrihet. Gjerningspersonen kan etter hendelsesforløpet påstå at han prøvde å forebygge følgen. Det er kanskje også mest rettferdig i en slik situasjon at en lar risikoen for om avvergelsen er vellykket gå utover gjerningspersonen selv. Det er han som har satt i gang handlingsrekken og han hadde i utgangspunktet et forbrytersk forsett. Hvis personen i ettertid angrer, kan dette til en viss grad avhjelpes ved straffeutmålingen.

Departementet begrunnet videre regelen med at forsøket rent objektivt er mer samfunnsskadelig når gjerningspersonen ikke har lykkes i å forebygge følgene.⁵⁷ Rent umiddelbart virker departementets syn som et godt argument. Etter mitt syn er det imidlertid ikke god sammenheng mellom dette argumentet og selve begrunnelsen for tilbaketreten. Begrunnelsen for

⁵⁵ Bratholm (1980) s. 346.

⁵⁶ NOU 1992: 23 s. 84, Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 200-201.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 201

straffri tilbaketreden er at gjerningspersonen ikke utviser et fast forbrytersk forsett som kan begrunne straff. Departementets syn om at det er mer samfunnsskadelig gir da uttrykk for at den forbryterske viljen ikke alene er tilstrekkelig for straffbarheten. Dette medfører at sammenhengen mellom vilkåret om forebygging og at utjenlige forsøk skal straffes ikke er god.

En annen interessant problemstilling er om gjerningspersonen selv må forebygge følgen for at handlingen skal bli straffri. En isolert tolking av ordlyden, jfr. uttrykket «den skyldige ... forebygger» peker i retning av at personen selv må hindre følgen. På den annen side er det kanskje rimelig at en person som er delaktig i forebyggelsen, blir belønnet. Dette harmonerer også best med begrunnelsen bak regelen.

Med bakgrunn i dette kan det ikke kreves at gjerningspersonen hindrer følgen personlig. Det må være tilstrekkelig at han er med på å forebygge følgen. Dette kan illustreres ved hjelp av et eksempel: A skyter mot en person og har til hensikt å drepe. Personen blir skadet, men før han dør, rekker A å oppsøke en ambulanse. Legen redder så personens liv. Ettersom A bidro til å redde personens liv, vil vedkommende kunne tilbaketre straffritt.⁵⁸ Er det derimot en annen person som befinner seg i nærheten som tilkaller ambulansen, bidrar ikke A og straffri tilbaketreden vil være avskåret. Det kan også oppstå en situasjon hvor noen tvinger eller presser A til å tilkalle hjelp. I disse situasjonene «forebygger» A etter ordlyden følgen av handlingen. Handlingene har likevel ikke karakter av å være frivillig, jfr. uttrykket «af egen fri Vilje». Et eksempel hvor det kan oppstå vanskelige grensetilfeller er der A blir overtalt til å tilkalle ambulanse. Selv om A i et slikt tilfelle «forebygger» følgen av handlingen, vil handlingen ikke være frivillig fra As side. Det vises her til punkt 3.2.1 om å tre tilbake «af egen fri Vilje».

Det vil videre oppstå en problemstilling om gjerningspersonen kan tre tilbake fra utjenlige forsøk. Dersom A for eksempel blander inn et stoff han anser som giftig i maten til B, men stoffet i realiteten er ufarlig, kan han etter det subjektive forsøksprinsippet straffes for forsøk på drap. Hvis A i ettertid angrer og forteller B om stoffet, krever ordlyden i straffeloven § 50 at han positivt «forebygger» følgen. Siden det ikke er mulig å forebygge følgen av noe som i utgangspunktet ikke kunne skje, vil lovens vilkår om forebyggelse ikke kunne oppfylles.

Begrunnelsen for regelen om straffri tilbaketreden taler imidlertid for at A kan bli straffri også i tilfeller som var utjenlige fra begynnelsen av. I tillegg tilsier hensynet til rettferdighet og sammenheng i straffeloven at gjerningspersonens subjektive oppfatning må legges til grunn i

⁵⁸ Rt 1989 s. 1075 omhandler en lignende situasjon, jfr. avhandlingens pkt. 3.3 hvor dommen er behandlet.

denne sammenheng. Det innebærer at gjerningspersonen kan bli straffri hvis han tror at han forebygger følgene av det ufullendte forsøket.⁵⁹

Etter mitt syn er det ikke grunn til å bedømme gjerningspersonen strengere i disse tilfellene enn der hvor forsøket er tjenlig. Selv om ordlyden ikke passer direkte og det ikke er mulig med noen egentlig forebyggelse, bør ikke A stilles dårligere enn der stoffet hadde vært giftig. Gjerningspersonen blir etter vårt eksempel straffri på grunnlag av en analogisk anvendelse av straffeloven § 50.

3.2.5 Betydningen av at virksomheten oppdages

Videre er det etter straffeloven § 50 et vilkår for straffrihet at gjerningspersonen forebygger følgen «forinden han endnu ved, at den forbryderske Virksomhed er opdaget.» Det innebærer at straffrihet er utelukket hvis gjerningspersonen blir oppdaget under utførelsen, og han ikke har trådt tilbake før han får kunnskap om oppdagelsen.

En problemstilling som oppstår i denne sammenheng er hva som må være oppdaget. Etter ordlyden i straffeloven § 50 er det «den forbryderske Virksomhed» som må være oppdaget. I dette ligger det at det ikke er tilstrekkelig at selve virksomheten er oppdaget. Det er i tillegg et krav om at det forbryterske ved handlingen er oppdaget. Det betyr at lovens vilkår ikke vil være oppfylt hvis det kun blir oppdaget at en eldre mann har kontakt med en mindreårig. Ettersom kontakt med en mindreårig ikke er en forbrytelse, vil dette alene ikke være nok. Det må i tillegg ha blitt oppdaget at mannen skal avtale møte med den mindreårige for å begå utuktig omgang. Den eldre mannen er altså ikke avskåret fra en straffri tilbaketreden, selv om han i utgangspunktet hadde planer om utuktig omgang.

Straffrihet er heller ikke automatisk avskåret når den forbryterske virksomheten er oppdaget. Det følger av uttrykket «forinden han endnu ved» at straffrihet ikke er utelukket hvis forbrytelsen er oppdaget men gjerningspersonen ikke er klar over det.

Når en utenforstående person oppdager den forbryterske virksomheten, vil tidspunktet når gjerningspersonen får vite at virksomheten er oppdaget være det avgjørende. Hvis gjerningspersonen forebygger følgene før «han endnu ved» at den forbryterske virksomheten er oppdaget, vil vilkåret for straffri tilbaketreden være oppfylt. Hensynet bak dette er at han har tatt et selvstendig valg om tilbaketreden, uten å la seg påvirke av andres kunnskap. Dermed viser han ikke et tilstrekkelig forbrytersk forsett som begrunner straff. På den andre siden er vilkå-

⁵⁹ Eskeland (2013) s. 373

ret om at avvergeseshandlingen må skje ikke oppfylt hvis han forebygger følgen etter kunnskap om at virksomheten er oppdaget. Dette begrunnes med at det ikke vil være like naturlig å si at gjerningspersonen har tatt et selvstendig valg. Han kan her ha blitt påvirket av muligheten for å bli oppdaget.

Det reiser seg et spørsmål om hvordan løsningen skal være hvis gjerningspersonen tror han er oppdaget men i virkeligheten ikke er det. Selv om det kanskje ikke er like stor grunn til å beskytte gjerningspersonen i en slik situasjon, taler lovens ordlyd, uttrykket «ved», for at hans oppfatning må stemme med virkeligheten. Juridisk teori støtter opp om synspunktet om at gjerningspersonen kan tre tilbake fra forsøket så lenge han faktisk ikke er oppdaget.⁶⁰ Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om denne løsningen er riktig sett i sammenheng med vilkårene om fri vilje. Det kan være problematisk å si at gjerningspersonen forebygger «af egen fri Vilje» når han tror han er oppdaget. Det er i slike situasjoner mer nærliggende å tenke at hans tilbaketreden er motivert av frykten for å bli idømt straff.⁶¹

Et annet spørsmål knyttet til uttrykket «opdaget» er om ordlyden kun knytter seg til utenforstående eller om uttrykket også omfatter offerets kunnskap. Hvis den forbryterske virksomheten anses å være oppdaget når offeret får kunnskap om den, har offerets kunnskap samme betydning som en utenforståendes kunnskap. Dersom «opdaget» derimot kun omfatter utenforstående, utelukker ikke offerets kunnskap straffrihet.

Lovens ordlyd gir ikke nærmere veiledning om hvordan uttrykket «opdaget» skal forstås. Problemstillingen er heller ikke behandlet i lovens forarbeider. Juridisk teori har drøftet spørsmålet generelt og sett på problemstillingen om forbrytelsen er å anse som fullbyrdet når den som oppdager virksomheten, offer eller en nærstående, ikke vil avsløre dette. Etter et synspunkt i juridisk teori er det avgjørende om det er fare for anmeldelse etter at den forbryterske virksomheten har kommet til kunnskap.⁶²

Synspunktet i juridisk teori harmonerer etter mitt syn med hensynet bak reglene om tilbaketreden. Ettersom det er større risiko for å bli dømt når en er oppdaget, er det mer nærliggende å tenke at frykten for å bli oppdaget og bli dømt er gjerningspersonens motivasjon. I et slikt tilfelle vil ikke gjerningspersonen foreta et selvstendig valg. En person A som blir utsatt for forsøk på ran, kan for eksempel i ettertid anmelde forholdet. Siden det foreligger en stor risiko for en mulig anmeldelse, medfører kunnskapen at forbrytelsen er å anse som «opdaget». Straffriheten er dermed utelukket.

⁶⁰ Andenæs (2004) s. 363, Eskeland (2013) s. 373

⁶¹ Bratholm (1980) s. 347

⁶² Bratholm (1980) s. 347

3.2.6 Kort om straffeloven av 2005

Forståelsen av bestemmelsen om straffri tilbaketreden i straffeloven av 1902 videreføres hovedsakelig til straffeloven av 2005. En forskjell mellom straffeloven av 1902 og straffeloven av 2005 er at § 16 i straffeloven av 2005 ikke viderefører vilkåret om at avvergelseshandlingen må skje «forinden han endnu ved, at den forbryderske Virksomhed er opdaget». Dette begrunnes med at vilkåret kompliserer regelen unødvendig. Forandringen innebærer at selv om en forbrytelse skulle bli oppdaget av et offer eller noen utenforstående, og gjerningspersonen har kunnskap om dette, vil det ikke automatisk avskjære muligheten til å bli straffri. Dette forutsetter at gjerningspersonen ikke selv er oppdaget.⁶³

Om den forbryterske virksomheten er oppdaget vil altså ikke ha noen selvstendig betydning, men bare inngå som et moment når vi vurderer om en tilbaketreden skjer «af egen fri Vilje». Det gjelder etter § 16 annet ledd både for fullendte og ufullendte forsøk. Ifølge departementet er endringen i den nye straffeloven i samsvar med den preventive effekten som regelen om tilbaketreden kan ha på gjerningspersonen.⁶⁴

3.2.7 Spesielle tilfeller av tilbaketreden

Hvis flere har vært sammen om forsøket på en forbrytelse, må tilbaketreden avgjøres særskilt for hver enkelt deltaker.⁶⁵ En må se på om den enkelte deltaker oppfyller vilkårene for strafffrihet. Dersom forbrytelsen ikke fullbyrdes fordi en person avstår eller forebygger følgen betyr det altså ikke at alle som har deltatt blir straffrie. I det følgende avgrenses det mot tilbaketreden hvor flere har samvirket. Tiden og oppgavens begrensning har satt rammen for denne avgrensningen.

3.3 Forsøk og tilbaketreden fra forsøk etter straffeloven § 233

Straffeloven § 233 første ledd lyder som følgende:

«Den som forvolder en andens død, eller som medvirker dertil, straffes for Drab med Fængsel i mindst 6 Aar».

⁶³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 201-202

⁶⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 202

⁶⁵ Rt. 1998 s. 462 s. 464

For at et drap er fullbyrdet etter bestemmelsen må en person ha drept en annen person. Det må videre foreligge årsakssammenheng mellom handlingen og dødsfølgen. Problemstillingen under dette punktet blir hva som kan regnes som forsøk og tilbaketreden fra forsøk ved drapsforbrytelser.

En sentral høyesterettsdom som belyser vår problemstilling er Rt. 1995 s. 1738. I dommen holdt den tiltalte i saken en skarpladd pistol mot en politibetjents hode. Hensikten var å drepe politimannen dersom han ikke fikk oppfylt sitt krav om fly og penger innen et visst tidspunkt. Den tiltalte ble dømt for forsøk på drap. Begrunnelsen var at flertallet av dommerne mente at den tiltalte hadde tatt standpunkt om å drepe. Flertallet uttalte: «objektivt må grensen mellom straffri forberedelse og straffbart forsøk i alminnelighet være overskredet når en gjerningsmann er kommet så langt som til å holde en skarpladd pistol mot offerets hode». Høyesterett vektla at den tiltalte hadde realisert sin drapshensikt dersom vedkommende ikke hadde blitt avbrutt av politiets aksjon.

I dommen hadde den tiltalte kommet tidsmessig nær opp til oppfyllelsen av den straffbare forbrytelsen. Psykologisk sett hadde vedkommende heller ikke vist noen form for anger eller sperre mot å drepe politimannen. Dersom gjerningspersonen ikke hadde blitt stoppet av politiets aksjon er det mye som taler for at vedkommende hadde drept politimannen. Det tidsmessige aspektet og den psykologiske forskjellen mellom det som gjenstår og har skjedd var med andre ord liten.

Vi kan tenke oss et annet tilfelle hvor en person ønsker å drepe noen. Dersom offeret ikke er i sikte vil det gjenstå handlinger og psykologisk barriere som må overgås. Vedkommende må for eksempel sikte på offeret og trykke på avtrekkeren. Dette vil være avgjørende momenter for at personen straffes for forsøk på drap. I sistnevnte tilfelle vil det i motsetning til Rt. 1995 s. 1738 ikke være like klart om det foreligger et forsøk på drap. Bakgrunnen for dette er at personen ikke tidsmessig kom nær fullbyrdelsen og det psykologisk gjensto en del for fullbyrdelsen av den straffbare handlingen.

Enkelte ganger kan en person ikke bli dømt for drapsforsøk ettersom det foreligger en straffri tilbaketreden i saken. Jeg skal i det følgende se på når straffri tilbaketreden fra drapsforsøk foreligger.

Et tilfelle hvor det ikke forelå forsøk på drap på bakgrunn av tilbaketreden er Rt. 1989 s. 1075. En mann hadde stukket sin samboer i halsen med kniv mens hun lå og sov. Knivstikket var livstruende. Mannen hadde vært sterkt beruset og hensikten til mannen var å drepe samboeren. Samboeren skrek og mannen besinnet seg og tilkalte hjelp. Det ble lagt til grunn at

mannen hadde opptrådt på en måte som ble betraktet som en frivillig tilbaketreden. Mannen ble imidlertid dømt for legemsbeskadigelse etter straffeloven § 229 annet straffealternativ.

Det som kan virke avgjørende for resultatet i dommen ovenfor er at den tiltalte mannen ikke fortsatte med voldshandlingene etter knivstikket på samboeren. Han hadde muligheten til å fortsette med stikkingen til samboeren var død eller la henne ligge der inntil hun døde av skadene som ble påført. Mannen tilkalte hjelp som medførte at samboeren sitt liv ble reddet. Ettersom samboeren ikke døde av knivstikket forebygget mannen skadene som ble påført samboeren.

Det kan leses ut i fra dommene som er omtalt ovenfor at forsøk på drap etter straffeloven kan foreligge. De avgjørende momentene er den tidsmessige nærheten til oppfyllelsen og hvorvidt gjerningspersonen har overtrådt den psykologiske barrieren. I slike tilfeller er det sannsynlig at vedkommende blir dømt for forsøk på drap. Domstolene kan imidlertid komme frem til at det foreligger en frivillig tilbaketreden slik at den tiltalte oppnår straffrihet etter straffeloven § 50.

3.4 Forsøk og tilbaketreden fra forsøk etter straffeloven § 162

Straffelovens § 162 første ledd lyder som følgende:

«Den som ulovlig tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer, sender eller overdrar stoff som etter regler med hjemmel i lov er ansett som narkotika, straffes for narkotikaforbrytelse med bøter eller med fengsel inntil 2 år.»

Med «ulovlig» menes narkotika som ikke er tillatt i norsk rett.⁶⁶ Den som produserer narkotikaen vil også være strafferettslig ansvarlig etter straffeloven § 162, jfr. ordet «tilvirker». Videre vil den som ulovlig «innfører» eller «utfører» narkotika kunne straffes etter bestemmelsen. Etter den naturlige tolkingen av ordlyden vil det omfatte situasjoner hvor mennesker bringer det ulovlige narkotiske stoffet inn og ut av Norge. Med «erverver» menes situasjoner hvor narkotikaen blir kjøpt. Videre kan «oppbevarer» tolkes til å gjelde situasjoner hvor personer lagrer eller tar hånd om den ulovlige narkotikaen. Til slutt kan uttrykket «sender» tolkes dit hen at det gjelder de som frakter, transporterer eller sender narkotikaen. Den som «overdrar» vil etter en naturlige språklige tolking omfatte personer som selger stoffet.

⁶⁶ Legemiddeloven § 22

Dersom de objektive vilkårene i straffeloven § 162 er oppfylt vil det foreligge en narkotikaforbrytelse. I et slikt tilfelle vil den øvre grensen for det straffbare forsøket være overtrådt. Det betyr at dersom en person ønsker å innføre to kilo hasj til Norge fra Danmark, og lykkes med det, vil de objektive vilkårene etter bestemmelsen være oppfylt. Vedkommende kan dermed straffes etter straffelovens § 162 første ledd. Personen vil også i et slikt tilfelle ha overtrådt forsøksansvaret etter norsk rett.

Det som er interessant å se på er om et utjenlig forsøk blir dømt på samme måte som et forsøk. En problemstilling som kan reise seg er om en person kan gå fri dersom narkotikaforsøket er utjenlig. Vil en person gå straffri dersom vedkommende tror han har smuglet narkotika, men i realiteten kun har smuglet godteripiller?

I Rt 1975 s. 397 ble et lignende tilfelle behandlet av Høyesterett. Den tiltalte i saken hadde innført 230 gram preludintabletter til Norge fra København. Vedkommende hadde vært i god tro om at tablettene hadde vært et narkotikum. Dette var imidlertid ikke tilfellet. Den tiltalte ble likevel dømt for forsøk på innførsel av narkotika etter straffeloven § 162. Begrunnelsen for avgjørelsen var den tiltaltes oppfatning av virkeligheten. Den domfelte trodde han hadde skaffet seg og innført narkotika. Dermed var det uten betydning at han ikke hadde innført narkotikum.

Dette betyr at et straffbart forsøk på innføring av narkotika vil foreligge selv om innføringen av stoffet ikke er narkotika. Straffbarheten avhenger ikke av om det er narkotika som blir innført så lenge den tiltalte tror at han innfører narkotika.

I en annen dom, Rt. 1993 s. 916, hadde en mann oppbevart en pakke som han hadde fått en bekjent til å transportere for han. Han trodde pakken inneholdt 300 gram amfetamin, men i realiteten inneholdt pakken 289,1 gram koffein. Mannen ble dømt for forsøk på grov narkotikaforbrytelse da forholdet ble ansett som utjenlig forsøk.

En annen måte som kan regnes som forsøk på en narkotikaforbrytelse er situasjoner hvor det skjer kjøp og salg av narkotika. En problemstilling som kan tenkes i slike tilfeller er hvor grensen mellom straffri forberedelse og straffbart forsøk går. Kan en person dømmes for forsøk ved å avtale møte med narkotikaselger, eller skal det mer til for å bli dømt etter straffeloven?

I Rt. 1979 s. 1265 hadde den tiltalte reist til Drammen. Den tiltalte sammen med to andre personer hadde tatt kontakt med en ukjent mann som skulle prøve å skaffe hasjisj til den tiltalte. Tiltalte dro til Oslo fra Drammen sammen med den ukjente mannen for å kunne skaffe narkotika. De lyktes ikke på grunn av dårlig marked. Tiltalte ble ikke straffet for forsøk på kjøp av

narkotika. Begrunnelsen for resultatet var at det ikke var nok at den tiltalte hadde hensikt om å kjøpe narkotika eller foreta andre forberedende skritt. Høyesterett la til grunn at han måtte ha kommet i gang med selve realiseringen av dette forsettet.

Etter tolkingen av dommen vil realiseringen av forsettet i stor grad foreligge hvor selger og kjøper møtes og kun overrekkelsen av narkotikaen gjenstår. I det følgende skal jeg se nærmere på situasjoner hvor det foreligger tilbaketreden fra narkotikaforsøk.

I Rt 1992 s. 1495 hadde den som var tiltalt gitt politiet detaljert informasjon om innførsel av amfetamin, som skulle skje i nærmeste fremtid. Disse opplysningene ledet til pågrepelse av en utenlandsk hovedmann. Straffeloven § 50 ble tolket utvidende i dette tilfellet og informanten ble frifunnet på bakgrunn av regelen om tilbaketreden fra forsøk. Retten vektla at den tolkingen som generelt blir lagt til grunn av bestemmelsen kunne føre til lite rimelige resultater. De opplysningene som informanten hadde gitt politiet medførte at de skadelige følgene av handlingen ble fullstendig forebygget. Saken lå så nærme de tilfellene som straffeloven § 50 annet alternativ tar sikte på, at den kom til anvendelse i dette tilfellet.

Det Høyesterett la vekt på i dommen var hensynet til straffverdigheten. At informanten som ga opplysningene til politiet skulle straffes når han forebygget de skadelige følgene virket lite rimelig. For at straffeloven kunne komme til anvendelse måtte det foretas en utvidende tolking. Dette medfører at lignende situasjoner kan føre til straffrihet ved tilbaketreden selv om handlingen er fullbyrdet.

I det følgende skal jeg gå over på forberedelseshandlinger som selvstendige straffebud. I motsetning til det som er behandlet tidligere i oppgaven regnes enkelte forberedelseshandlinger som straffbare der hvor drap og narkotikaforsøk anses som straffrie. Et eksempel på en slik straffbar handling kan foreligge ved forsøk på terror. Jeg skal i del 4 ta for meg problemstillinger knyttet til forsøk på terror.

En spesiell gruppe straffebud er de som inneholder fremskutt fullbyrdelse. I disse straffebudene er selve gjerningsbeskrivelsen en forsøkshandling. Det spesielle ved disse er at gjerningsbeskrivelsen er oppfylt allerede når grensen fra forberedelse til forsøk er overtrådt. I dette avsnittet er problemstillingen hvilken betydning fremskutt fullbyrdelse har for reglene om tilbaketreden. Jeg vil i det følgende se nærmere på terror som en forberedelseshandling.

4 Forberedelseshandlinger som selvstendige straffebud

Lovgiver likestiller bestemte forberedende handlinger med fullbyrdelse av vanlige straffebud. Dette avskjærer muligheten for en straffri tilbaketreden. Siden straffebudet regner forsøket

som en fullbyrdet overtredelse av straffebudet, er det ikke mulig med tilbaketreden fra forsøket.⁶⁷ I praksis betyr det at en person som har påbegynt en slik handling, direkte går fra straffri forberedelse til oppfyllelse av straffebudet.

Når et forsøk på en handling er likestilt med en faktisk utførelse av handlingen, kan gjerningspersonen ikke bli straffri hvis han trer tilbake, men det kan tas hensyn til dette ved utmålingen av straff.

Årsaken til at lovgiver i enkelte straffebud har likestilt forsøk med fullbyrdelse kan være ønske om vern mot enkelte alvorlige lovbrudd. Hensynet til straffri tilbaketreden veier ikke alltid like tungt.

Et hensyn imot at enkelte straffebud likestiller forsøk og fullbyrdet handling er at det kan fremstå som urimelig overfor gjerningspersonen. I en høyesterettsdom uttalte førstvoterende følgende om rettsstilstanden: «Jeg bestrider ikke at vektige legislative betraktninger kan tale for en annen lovordning, men like overfor straffelovkommisjonens bestemte uttalelse om rekkevidden av bestemmelsen i lovens § 50 kan disse hensyn ikke for meg bli avgjørende.»⁶⁸

Ved utarbeidelsen av den nye straffeloven uttalte straffelovkommisjonen at ved valg av formuleringer hvor forsøk er straffbart, må lovgiver være oppmerksom på hvorvidt det bør være tillatt med straffri tilbaketreden. Hvis straffri tilbaketreden skal være avskåret, måtte det ha en «særlig begrunnelse».⁶⁹ Etter en ny vurdering av behovet er nå regelen om fremskutt fullbyrdelse blitt fjernet fra enkelte bestemmelser i straffeloven av 2005.

4.1 Tilbaketreden fra straffeloven § 147 a femte ledd

Tema for dette avsnittet er kriminaliseringen av forberedelseshandlinger til terrorisme, nærmere bestemt en analyse av anvendelsesområde for straffeloven § 147 a femte ledd. Bestemmelsen er en konsekvens av Justis- og beredskapsdepartementets høringsnotat av 12. juli 2012, som ga uttrykk for at det var nødvendig med endringer i rettsstilstanden for å kunne verne samfunnet mot terrorangrep. Et viktig punkt i høringsnotatet var kriminaliseringen av forberedelseshandlinger til terror.

Før høringsrunden kriminaliserte straffeloven av 1902 kun forberedende handlinger i form av å inngå forbund, jfr. straffeloven § 147 a fjerde ledd, tidligere tredje ledd. Etter denne bestemmelsen straffes en gjerningsperson som «planlegger eller forbereder en terrorhandling

⁶⁷ SKM s. 94

⁶⁸ Rt. 1948 s. 531

⁶⁹ NOU 1992: 23 s. 84, NOU 2002: 4 s. 90

som nevnt i første ledd, ved å inngå forbund med noen om å begå en slik handling». Dette innebar at lovens vilkår om straffbar forberedelse til terror ikke var oppfylt dersom kun én person forberedte en terrorhandling.⁷⁰ Justis- og beredskapsdepartementets høringsnotatet resulterte i et lovforslag som trådte i kraft 21. juli 2013.⁷¹

Straffeloven § 147 a femte ledd kriminaliserer gjerningspersonens handlinger tidligere i hendelsesforløpet, og lyder som følgende:

«Den som har forsett om å fullbyrde et lovbrudd som nevnt i første eller annet ledd, og foretar handlinger som legger til rette for og peker mot gjennomføringen, straffes for forsøk etter § 51. § 50 gjelder tilsvarende.»

Straffeloven § 147 a femte ledd har etter en naturlig forståelse av ordlyden et videre anvendelsesområde enn § 147 a fjerde ledd, og vil derfor i mange situasjoner konsumere handlinger som omfattes av fjerde ledd. Av forarbeidene følger det at fjerde ledd ikke skal anvendes i konkurrans med femte ledd, dersom femte ledd dekker hele hendelsesforløpet.⁷² Ettersom femte ledd ofte konsumerer handlinger omfattet av fjerde ledd, avgrenses det mot fjerde ledd.

4.1.1 Kriminalisering av enkelte forberedelseshandlinger

Hovedregelen i norsk rett er at handlinger på forberedelsesstadiet er straffrie, jfr. straffeloven § 49 og nærmere drøftelse av dette under punkt 2. Gjerningspersonen blir først straffet fordi han har utført en kriminell handling, og straffen er en konsekvens av at han har forvoldt en skade eller overtrådt et straffebud. Dette skulle tilsi at planlegging av terror er en straffri forberedelseshandling. Når overtredelse av straffeloven § 147 a femte ledd likevel medfører straff for forsøk, har lovgiver kriminalisert gjerningspersonens forberedelseshandlinger tidligere i hendelsesforløpet.

Ved utarbeidelsen av straffeloven av 1902 uttalte straffelovkommisjonen at det ikke var ønskelig med et generelt forbud mot forberedelse til straffbare handlinger. Det ble uttalt at enkelte forberedelseshandlinger kunne kriminaliseres, fordi de «viser et saa afgjort forbrydersk Sindelag, at Angjældende ikke bør gaa fri, selv om han ikke endnu maatte have fattet nogen

⁷⁰ I Rt. 2013 s. 789 avsnitt 29 uttalte Høyesterett at inngåelse av forbund er «nettopp den forberedelse loven krever».

⁷¹ Prop. 131 L (2012-2013)

⁷² Prop. 131 L (2012-2013) s. 64

bestemt og endelig forbrytersk Beslutning, men man antager, at man lige overfor disse tilfælde rettere fortsætter paa den hidtil indslagne Vei, d.v.s. særlig truer dem med Straf (...)».⁷³

Ved utarbeidelsen av straffeloven av 2005, ble det uttrykt at kriminalisering av forberedelseshandlinger bør begrunnes i et særskilt behov.⁷⁴ Et argument for at alvorlige forberedende handlinger bør straffes er at kriminaliseringen rammer en stor krets av potensielle lovovertredere. Dersom flere kan rettsforfølges for forberedende handlinger, blir det lettere å forebygge skaden, og samfunnet blir i større grad vernet mot alvorlig kriminalitet. For det andre kan kriminaliseringen av de forberedende handlingene gjøre det mulig for politiet å reise tiltale mot en gjerningsperson. Dette til tross for at det ikke er tilstrekkelig bevis til å kunne rette en tiltale for en konkret handling. Hvis politiet kan stanse virksomheten på et tidligere stadium, er det mulig at alvorlige følger hindres. En slik regel medfører imidlertid endringer i den strafferettslige tradisjonen.

Spørsmålet om hvorvidt denne kriminaliseringen av forberedelseshandlinger er en god løsning vil bli behandlet i punkt 6 i denne oppgaven.

4.1.2 Den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 147 a femte ledd

I henhold til straffeloven § 147 a femte ledd straffes gjerningspersonen for forsøk dersom han «foretar handlinger som legger til rette for og peker mot gjennomføringen» av bestemmelsen i første eller annet ledd. For at den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet skal være oppfylt må gjerningspersonen foreta en «handling» og oppfylle to andre kumulative vilkår.

4.1.3 Forberedelseshandlingen

Av lovens forarbeider fremgår det at forberedelseshandlingen i straffeloven § 147 a femte ledd ikke krever like stor grad av nærhet mellom de foretatte handlingene og det forestående lovbruddet, sammenlignet med det som kreves for forsøk. Det vises her til del 2 og 3 i oppgaven. Departementet uttaler om dette: «Forberedelsene behøver ikke være foretatt i nær sammenheng med den planlagte utføringen, eller innenfor et nært geografisk område for det forestående lovbruddet. Handlingene vil kunne være straffbare selv om det både i tid og sted er betydelig avstand til utføringen.»⁷⁵

⁷³ SKM s. 90

⁷⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 105

⁷⁵ Prop. 131 L (2012-2013) s. 85

I tillegg kan straffeloven av 2005 § 16 illustrere hvor stor forskjellen er i nærhetskravet mellom de forberedende handlingene på den ene siden og de alminnelige forsøkshandlingene på den andre siden. Mens straffeloven § 147 a femte ledd krever at gjerningspersonen «foretar handlinger som legger til rette for og peker mot gjennomføringen», krever ordlyden i § 16 at gjerningspersonen «foretar noe som leder direkte mot utføringen» av lovbruddet. En sammenligning av ordlyden i bestemmelsene viser at det er en lavere terskel for å kunne anvende straffeloven § 147 a femte ledd, da bestemmelsen har et videre anvendelsesområde. Straffeloven § 16 er forøvrig en videreføring av någjeldende straffelov § 50 og medfører ingen realitetsendring på dette punkt.

Hva som er å anse som «handling» er ikke nærmere forklart i bestemmelsen, men etter en naturlig forståelse av ordlyden må utgangspunktet være alle former for forberedelse som fører til lovbrudd etter første og annet ledd.

Hvilke lovbrudd som er en del av den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 147 a første ledd følger av en opplisting av andre straffebud i loven. Ifølge forarbeidene er det bare en «straffbar handling som nevnt» i straffebudet som kan være en forbrytelse. Opplistingen av straffebudene i første og annet ledd er av den grunn uttømmende.⁷⁶

Straffeloven § 147 a annet ledd omfatter handlinger som gjør at den forestående handlingen er grov. Hvilke momenter som «særlig» skal vektlegges fremgår av litra a, b og c. Bestemmelsen er straffeskjerpende og det er ikke krav om at de begåtte handlingene omfattes av ordlyden. Bestemmelsen vil av den grunn ikke bli omtalt videre i behandlingen av § 147 a femte ledd.

Det fremgår av forarbeidene at det avgjørende ikke er hvilke gjenstander som er brukt, men hvor langt gjerningspersonen har kommet i sin forberedelse av terrorhandlingen.⁷⁷ Tanken bak den vide ordlyden var at den også skulle omfatte utradisjonelle former for terror, slik som for eksempel «cyber-Jihad».⁷⁸ Med dette menes hellig krig ved angrep mot internett, transport og telefon. Når dette er nevnt som eksempel i forarbeidene viser det at bestemmelsen favner vidt, og at det avgjørende ikke er hva slags handling som er utført men hva den medfører. Departementet angir et eksempel på en handlemåte som omfattes av bestemmelsen:

«Dersom en terrorhandling for eksempel skulle bestå i å frihetsberøve en person i over en måned for å tvinge offentlige myndigheter til å gjøre noe av vesentlig betydning for landet (straffeloven 1902 § 223 annet ledd jf. § 147 a første ledd bokstav b), kan et eksempel på en

⁷⁶ Ot.prp. nr. 61(2001-2002) s. 91

⁷⁷ Prop. 131 L (2012-2013) s. 62

⁷⁸ Prop. 131 L (2012-2013) s. 14

straffbar handlemåte etter forslaget være en kombinasjon av anskaffelse av middel for å bedøve husets beboer, innredning av kjellerrom hvor vedkommende skulle holdes fanget, samt nedskrevne brev adressert til myndighetene om hva som skulle kreves for å slippe vedkommende fri.»⁷⁹

Etter dette er det som inngår i gjennomføringen av handlingene i første og annet ledd omfattet av femte ledd. Slike handlinger kan for eksempel være gjerningspersonens anskaffelse av lokale for å tilvirke eller oppbevare et farlig stoff, eller at vedkommende erverver gjenstander som skal brukes i en terrorhandling. Andre eksempler på handlinger som kan være straffbare etter femte ledd er hvis en person innfører, utfører eller oppbevarer gjenstander som skal anvendes i en terrorhandling. Det kan for eksempel være at en gjerningsperson importerer noe fra utlandet. Det er etter ordlyden og forarbeidene ingen krav om at det ytes vederlag for å erverve en gjenstand.

En problemstilling som reiser seg er om det etter straffeloven § 147 a er et krav om utførelse av flere handlinger. Ordlyden peker i retning av at det må være foretatt flere handlinger, jfr. uttrykket «handling». Til sammenligning krever straffeloven § 49 at det er «foretaget Handling». Spørsmålet er ikke nærmere behandlet i forarbeidene, slik at det ikke er mulig å si om ordlyden er et bevisst valg fra lovgivers side. Valget av ordlyden kan ha sammenheng med at forberedelse av en terrorhandling som oftest vil bestå av flere handlinger. Hvis en gjerningsperson for eksempel kun har kjøpt noen gummihansker fra butikken, vil ikke en slik handling alene kunne anses som en naturlig forberedelse av en handling beskrevet i straffeloven § 147 a første ledd.

4.1.4 Handlingene må «legge til rette for og peke mot» gjennomføringen

Straffeloven § 147 a har som nevnt i punkt 4 et vidt anvendelsesområde og det kan ikke utelukkes at handlinger som ikke er straffverdige omfattes av bestemmelsen. Ifølge departementet ville man imidlertid unngå dette ved å oppstille et krav om at den foretatte handlingen «legger til rette for» og «peker mot» gjennomføringen av en terrorhandling. Vilåårene er kumulative og kan ifølge forarbeidene ofte overlappe hverandre. Som et eksempel på dette angir forarbeidene tilvirkning av sprengstoff. Tilvirkning av sprengstoff kan både legge til rette for og peke mot en terrorhandling.⁸⁰

⁷⁹ Prop. 131 L (2012-2013) s. 85

⁸⁰ Prop. 131 L(2012-2013) s. 85

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden «legge til rette for og peke mot» må handlingen bidra til gjennomføringen av det påtenkte lovbruddet. Det betyr for det første at handlingen til en viss grad må være hensiktsmessig, og for det andre at den må være av en viss betydning for handlingen som skal begås. Handlingen må videre stå i sammenheng med terrorforberedelsen, og anvendelsesområdet snevres inn til handlinger som peker mot terror. Dagligdagse handlinger som å gå til innkjøp av hansker eller tenneveske faller derfor i utgangspunktet utenfor, selv om handlingene kan benyttes ved gjennomføring av en terrorhandling.

En problemstilling som reiser seg er om en handling etter straffeloven § 147 a må ha ytre kjennetegn på at den utgjør en forberedelseshandling til terror, eller om det er nok at handlingen bare er til nytte i forberedelsesperioden. Et eksempel på dette er en person som kjøper et hus med oppbevaringsplass i kjelleren fordi han ønsker å kunne tilvirke og oppbevare sprengstoff i kjelleren. Selv om personen ikke har behov for kjelleren i dagliglivet, må kjøpet anses å være et alminnelig kjøp. Lagringsplassen vil være svært nyttig for personen i forberedelsen av terrorhandlingen, men kjøpet har ingen ytre kjennetegn som peker mot en terrorhandling.

Det kan legges til grunn etter straffeloven § 147 a femte ledd at det kreves mindre grad av nærhet mellom handlingene som er foretatt og det forestående lovbruddet. Det kan videre ses i sammenheng med forarbeidene som uttaler at handlingene bare til en «viss grad må være hensiktsmessige og av en viss betydning for den handlingen som skal begås».⁸¹

Departementet uttaler imidlertid at en handling som bare er nyttig for å gjennomføre en terrorhandling, ikke vil være tilstrekkelig for å kunne straffe forberedelseshandling. Det kreves i tillegg at de utførte handlingene er «reelle og alvorlige (...)» og har «ytre kjennetegn som peker mot en terrorhandling».⁸² Når det gjelder kjøp av et hus, har dette ingen ytre kjennetegn som viser at det inngår i terrorforberedelse, og det vil av den grunn ikke være omfattet av bestemmelsen.

Ordlyden kan likevel ikke tolkes så snevert at bare handlinger med et åpenbart formål om terror omfattes. Vi kan ikke slutte av forarbeidene at det kreves en direkte sammenheng mellom det som er foretatt og lovbestemmelsen i første og annet ledd. Det følger av forarbeidene at det ikke er noe krav om at «handlingene er nødvendige faktorer i en tenkt årsakssammen-

⁸¹ Prop. 131 L (2012-2013) s. 85

⁸² Prop. 131 L (2012-2013) s. 85

heng».⁸³ Eksempel på slike handlinger kan etter forarbeidene være at man skaffer seg adgang til et sted man skal trenge inn i, eller skaffer seg lokale for å tilvirke eller oppbevare eksplosiver og andre farlige stoffer.

Slik det fremgår av drøftelsen over, er nærhet mellom den foretatte handlingen og det forestående lovbruddet av stor betydning når det skal avgjøres om en handling «legger til rette for og peker mot» en terrorhandling. I tillegg vil handlingens karakter ha betydning. Det er ingen krav om at den foretatte handlingen må være av et visst slag, noe som må ha sammenheng med at forberedelseshandlinger til terror kan ha svært ulik form. Forarbeidene nevner likevel noen typiske handlinger som lettere vil omfattes av bestemmelsen. Eksempler på slike forberedende handlinger kan være skrevne notater som uttrykker gjennomføringsplaner, beskrivelser av mål, uttrykk for hat eller drapsønsker mot bestemte personer, materiale for å ta bilder og opplysninger om hvordan bomber forårsaker skade.⁸⁴ Når forarbeidene angir dette som eksempler, innebærer det at disse handlingene kanskje klarere peker mot terrorhandling, enn for eksempel kjøp av et større hus med oppbevaringsplass.

Selv om det vil være lettere å si at slike handlinger «legger til rette for og peker mot» gjennomføringen av en terrorhandling, kan handlingen også bare være en forberedelseshandling fra gjerningspersonens side, uten forsett om å utføre handlingen. Dersom gjerningspersonen bare har planlagt noe uten egentlig å ha forsett om å gjennomføre, vil ikke det subjektive vilkåret om skyld være oppfylt, og handlingen vil ikke være straffverdig. Det innebærer at i vurderingen av om den forestående handlingen «legger til rette for og peker mot» terrorhandlingen, må det som er utført ses i sammenheng med det personen har forsett om å gjøre. Vilkåret om subjektiv skyld vil altså ikke bare være viktig som et straffbarhetsvilkår, men også være bestemmende for hvorvidt handlingen legger til rette for og peker mot gjennomføringen av en terrorhandling. Departementet uttaler at det her i likhet med forsøksansvaret må foretas en totalvurdering av de subjektive og objektive forholdene, før det kan avgjøres om en forberedende handling er straffbar etter straffeloven § 147 a femte ledd.⁸⁵

4.1.5 Skyldkravet etter straffeloven § 147 a femte ledd

Straffeloven § 147 a femte ledd oppstiller et krav om at gjerningspersonen har «forsett om å fullbyrde et lovbrudd» som nevnt i første eller annet ledd. Det betyr at skyldkravet etter straffeloven § 147 a femte ledd er det samme som ved forsøksansvaret etter straffeloven § 49. Forsettet må dekke hele den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet.

⁸³ Prop. 131 L (2012-2013) s. 85

⁸⁴ Prop. 131 L (2012-2013) s.85

⁸⁵ Prop. 131 L (2012-2013) s. 85

Det fremgår imidlertid av forarbeidene at det etter terrorbestemmelsens første ledd er et krav om at personen viser «terrorforsett».⁸⁶ Med det menes at personen har forsett om virkningene beskrevet i straffebudets litra a til c. Det kreves noe mer for å kunne straffes for en terrorhandling, enn det som uttrykkelig fremgår av den objektive gjerningsbeskrivelsen i bestemmelsen.

Da regelen ble utarbeidet, ble det bestemt at de alminnelige formene for forsett skulle gjelde. I tillegg ble det lagt til grunn at kravet om terrorforsett har et subjektiv overskudd der det avgjørende var «hvilke følger gjerningspersonen har hatt til forsett om å fremkalle».⁸⁷ Selv om det kan se ut som det kreves hensikt, uttalte departementet at det er forsett som er det riktige skyldkravet og at det «kan skape til dels store bevisvansker å kreve at gjerningspersonen må ha utvist hensikt».⁸⁸

I straffeloven av 2005 § 131 er kravet om terrorforsett byttet ut med et krav om hensikt. Det kan tyde på at lovgiver ønsker et krav om hensikt likevel. Bestemmelsen er imidlertid ikke trådt i kraft enda, og vil i det følgende ikke bli nærmere behandlet.

At det ikke er krav om hensiktsforsett hos gjerningspersonen kom også til uttrykk i Rt. 2013 s. 789, der Høyesterett la til grunn at § 147 a ikke oppstiller noe krav om at gjerningspersonen har hatt hensikt om terrorhandlingen. Høyesterett uttalte at forsett var nok.

Siden straffeloven § 147 a femte ledd er en forsøksbestemmelse, er det ikke krav om at den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudets første og annet ledd er oppfylt. Problemstillingen blir dermed om forsettet må omfatte følgen av at det som er beskrevet i første og annet ledd vil inntre, eller om det er tilstrekkelig at personen har forsett om at handlingen kan frembringe følgen. I den såkalte Mulla Krekar-saken, LB-2012-68482 s. 8 ble problemstillingen tatt opp i forhold til straffeloven § 147 a første ledd litra a til c. Selv om forarbeidene uttrykkelig nevner at det ikke er krav om hensikt, uttalte flertallet i lagmannsretten at:

«Beskrivelsen i proposisjonen om at det dreier seg om "subjektiv overskudd" tilsier at det er meningen at forsettet skal dekke noe mer enn det objektive gjerningsinnhold. Det taler for at forsettet må omfatte det moment at følgen vil bli et resultat av handlingen. Videre hadde det vært naturlig, dersom den alternative forståelsen var meningen, å

⁸⁶ Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) s. 93

⁸⁷ Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) s. 93

⁸⁸ Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) s. 37

ta inn uttrykkelig i loven at det var nok at handlingen var begått med det forsett at den var egnet til...(den aktuelle følgen).»

Ifølge lagmannsretten skal forsettet altså dekke noe mer enn den objektive gjerningsbeskrivelsen. Forsettet må omfatte at følgene i litra a til c kan bli resultat av handlingen. Det er ikke nok at forsettet bare omfatter det forhold at handlingen er egnet til å frembringe følgene.

Hvordan kravet om forsett virker i praksis kan illustreres ved hjelp av et eksempel. En person kjøper materiale som kan brukes til å fremstille en bombe. Dersom det i sammenheng med dette blir funnet notater og detaljerte beskrivelser av hvordan et bombeangrep skal gjennomføres, vil handlingene rent objektivt «legge til rette for og peke mot» en overtredelse av straffeloven § 148. Når det gjelder skyldkravet, må personen ikke bare ha forsett for handlingene som gjorde at det ble laget en bombe, men må også ha forsett om at en av følgene i alternativ a til c skulle inntreffe.

Om skyldkravet etter straffeloven § 147 a femte ledd er oppfylt avhenger av hva forsettet må omfatte etter litra a til c. De ulike alternativene vil i det følgende ikke bli behandlet og det avgrenses mot dette. Det nevnes bare kort at det fremgår av litra a til c at terrorforsettet må omfatte følger med en viss alvorlighetsgrad.

I det følgende vil den norske rettstilstanden på området bli sammenlignet med dansk og svensk rett i del 5. Avslutningsvis ses det i del 6 nærmere på om det er en god løsning at det kun er mulig med straffri tilbaketreden fra forsøk, og ikke fra straffbare forberedelseshandlinger.

5 Reglene om tilbaketreden i Sverige og Danmark

I norsk lovgivning er straffri tilbaketreden kun mulig for handlinger på forsøksstadiet. Løsningen er spesiell sett i sammenheng med utenlandsk rett. Svensk og dansk lovgivning gir i motsetning til den norske straffeloven en adgang til å tre tilbake både fra straffbare forsøk og straffbare forberedelser. Med dette som bakgrunn skal det gjøres rede for lovgivningen om tilbaketreden fra straffansvar i Sverige og Danmark. Det skal deretter foretas en vurdering av om den norske reguleringen er en god løsning.

Den svenske og danske regelen om tilbaketreden er i likhet med den norske en obligatorisk regel. Det betyr at gjerningspersonen skal frifinnes hvis vilkårene om tilbaketreden er oppfylt. Dette er for eksempel til forskjell fra regelen i England, hvor tilbaketreden er «a mitigating

factor in sentencing ..., which allows no normal defence of abandonment». ⁸⁹ I England inngår gjerningspersonens tilbaketreden altså kun som et moment i formildende retning.

5.1 Sverige

Svensk lovgivning oppstiller i likhet med den norske straffeloven et krav om at gjerningspersonen trer tilbake frivillig.⁹⁰ En forskjell mellom den svenske og norske lovgivningen er at den svenske regelen ikke bare gjelder ved tilbaketreden fra forsøk, men også ved tilbaketreden fra forberedelseshandlinger, hvis en handling er gjort straffbar tidligere i hendelsesforløpet. På bakgrunn av dette ser Sverige ut til å ha en videre adgang til tilbaketreden enn Norge.

Definisjonen på et forsøk følger av brottsbalken kapittel 23 § 1. Svensk lovgivning har ingen alminnelig regel om når et forsøk anses straffbart. Det innebærer at et forsøk kun er straffbart hvis det fremgår av det aktuelle straffebudet. Forsøk på overtredelse av alvorlige forbrytelser er imidlertid gjort straffbare, slik at forhold som er straffbare etter svensk rett ikke vil være veldig forskjellig fra det som er straffbart i Norge. Dette medfører at den reelle forskjellen blir liten. I tillegg ligner den svenske definisjonen på forsøk på den norske, slik at den nedre grensen for forsøk er tilnærmet lik i begge land.⁹¹ Reglene er imidlertid forskjellige for utjenlige forsøk. Svensk lovgivning straffer ikke utjenlige forsøk, jfr. brottsbalken kapittel 23 § 1. Det er også grunnen til at svensk lovgivning ikke inneholder regler om å tre tilbake fra utjenlige forsøk, slik som i Norge.

Av brottsbalken kapittel 23 § 2 fremgår at forberedelse eller «stämpling» til fullbyrdelsen er straffbart. Med «stämpling» menes tre forskjellige handlemåter. Felles for de alle er at gjerningspersonen tar kontakt med andre med forsett om å utføre en handling.⁹² For at en person skal bli straffri for forberedelse, er det ikke tilstrekkelig at gjerningspersonen oppgir forsøket ved å forholde seg passiv. Hvis en gjerningsperson kunne oppgitt bare ved å la være å fullbyrde, kunne alle som ble oppdaget i utførelsen av den forberedende handlingen hevde at de hadde trådt tilbake.

Brottsbalken kapittel 23 § 3 oppstiller et krav om at gjerningspersonen avbryter utførelsen eller på annen måte hindrer fullbyrdelsen. Siden en person på forberedelsesstadiet ikke har påbegynt en handling, er det heller ikke mulig å avbryte den. Av den grunn er det en begrenset mulighet til å kunne tre tilbake fra en forberedende handling. En praktisk situasjon hvor

⁸⁹ Duff (1996) s. 66-67

⁹⁰ Brottsbalk (1962:700) kapittel 23 § 3

⁹¹ Husabø (1999) s. 339

⁹² Husabø (1999) s. 342

dette er mulig, er hvis gjerningspersonen er forbi forberedelse og går over i forsøksfasen. Hvis han da oppgir eller forhindrer fullbyrdelse, kan han bli straffri både for forsøket og for den straffbare forberedelsen. Til sammenligning vil gjerningspersonen etter norsk rett kunne bli straffet for forberedelseshandlingen.

5.2 Danmark

Dansk rett går langt i å kriminalisere forsøk. Etter den danske straffeloven § 21 første ledd er alle typer forberedelseshandlinger straffbare.⁹³ Dansk rett skiller ikke mellom forberedelseshandlinger og forsøkshandlinger, og er med dette forskjellig både fra svensk og norsk rett. Den danske straffeloven krever heller ikke noen nær forbindelse mellom forsøkshandlinger og forbrytelsens fullbyrdelse. Det medfører at også hverdagslige handlinger omfattes av regelen. En handling er etter tredje ledd straffbar hvis den øvre strafferammen for handlingen er fengsel i minst fire måneder. Ut fra dette kan vi si at den danske regelen sammenlignet med den norske og svenske legger mer vekt på gjerningspersonens skyld enn på den objektive handlingen.⁹⁴ Dersom gjerningspersonen har tilstrekkelig forsett før en forberedende handling, blir handlingen straffverdig.

Rekkevidden av straffansvaret blir begrenset noe på grunn av en snever tolking av ordlyden. Tanker og uttalelser faller for eksempel utenfor. Siden forsøksansvaret favner vidt, har det i teorien blitt argumentert for at det ikke er nok med fullbyrdesforsett for at en person skal kunne straffes.⁹⁵ Synspunktet har blitt fremmet selv om ordlyden er klar på dette punktet. Hadde det for eksempel vært krav om kvalifisert forsett, hensikt, ville rekkevidden av ansvaret blitt noe mindre.

Det fremgår videre av den danske straffeloven § 22 at en gjerningsperson som «frivilligt og ikke på grund af tilfældige hindringer» avstår fra utførelse eller hindrer fullbyrdelse av det som omfattes av § 21, kan gå fri for straff. Det betyr at en person kan tre tilbake straffritt både fra forberedelses- og forsøkshandlinger. Hele forsøket kan deles inn i et forberedelsesstadiet og et stadiet etter iverksettelsen.⁹⁶ Mens det på forberedelsesstadiet er tilstrekkelig at gjerningspersonen er passiv i forhold til videre handling, må gjerningspersonen på stadiet etter iverksettelsen forhindre følgen av det igangsatte. Det betyr at en person som blir oppdaget og som befinner seg på forberedelsesstadiet kan hevde at han har avstått fra videre utførelse.

⁹³ Den danske straffeloven av 15. april 1930

⁹⁴ Husabø (1999) s. 337

⁹⁵ Husabø (1999) s. 337

⁹⁶ Greve (2004) s. 238-239

Et eksempel på hvordan den danske lovgivningen virker i praksis er en 17 år gammel gutt Abdul Basit Abu-latif som fikk syv års fengselsstraff for å planlegge et terrorangrep. Gutten ble dømt, selv om han ikke hadde kommet så langt som til et forsøk på terror. Gutten hadde hatt intensiv kontakt med to menn i Sarajevo, og hjulpet mennene med å forberede en selvmordsaksjon med 20 kg sprengstoff på et ukjent sted i Europa. Mennene ble dømt til 13 og 17 års fengsel. Dommen illustrerer hvor langt Danmark går i å kriminalisere forberedende handlinger. Den viser hvordan dansk rett åpner for å rettsforfølge personer for terrorhandlinger uten noen forbindelse til en konkret terrorhandling.

6 Rettspolitisk vurdering av regelen

Oversikten over svensk og dansk lovgivning i punkt 5 viser at den norske reguleringen av tilbaketreden fra straffeansvar er særegen. Etter den norske straffeloven er det kun mulig med straffri tilbaketreden fra forsøk, og ikke fra forberedende handlinger. Svensk og dansk lovgivning gir i motsetning til dette gjerningspersonen mulighet til straffritt å kunne tre tilbake fra forberedelsesstadiet. Ulikhetene mellom Norge og de andre nordiske lands rett danner grunnlaget for debatten om den norske reguleringen er en god løsning. Med bakgrunn i dette skal det sees nærmere på hensyn for og imot den spesielle norske reguleringen.

Det kan være vanskelig å forstå hvorfor straffri tilbaketreden fra forberedelseshandlinger ikke er mulig når dette er mulig for tilbaketreden fra forsøk. Forsøk på en straffbar handling er både i tid og gjennomføring nærmere fullbyrdelse enn en forberedelseshandling. På tidspunktet før det foreligger et forsøk er det ofte bare foretatt noen enkelthandlinger av forberedende karakter.⁹⁷ Som regel er det også stor avstand til en eventuell fullbyrdelse og det er liten risiko for samfunnsskade så tidlig i hendelsesforløpet. På denne bakgrunn kan det virke noe usystematisk og tilfeldig at det er utelukket med straffri tilbaketreden fra forberedende handlinger.

En av grunnene til at lovgiver har gjort forberedelseshandlinger straffbare, kan være ønsket om å straffe handlinger som i seg selv er uønskede.⁹⁸ Tanken bak dette er at den forberedende handlingen danner en risiko for skade. Gjerningspersonen straffes altså ikke på bakgrunn av et forsett om å gjennomføre den objektive gjerningsbeskrivelsen i hovedstraffebudet, men fordi gjerningspersonens handling utgjør en risiko for skade.⁹⁹ Dette kan illustreres ved hjelp av et eksempel: Hvis en person bærer en kniv på et offentlig sted, vil handlingen være straffverdig fordi handlemåten i seg selv er uønsket. Hensiktsløs bruk av kniv er uønsket fordi det kan føre

⁹⁷ NOU 2002: 4 s. 93

⁹⁸ Husabø (1999) s. 316

⁹⁹ Husabø (1999) s. 316

til farlige situasjoner. Gjerningspersonen straffes av den grunn uavhengig om han har forsett om å bruke kniven og skade noen eller ikke. Det kan være samme grunn til at forberedelseshandlinger til terror er straffbare. Ettersom terrorforberedelser i seg selv er uønsket, vil det ikke være naturlig å gi gjerningspersonen mulighet til straffri tilbaketreden fra slike handlinger.

Videre kan den subjektive forbindelsen til et forsøk og fullbyrdelse begrunne straff på et tidlig tidspunkt som forberedelse. Hensynet bak regelen om å straffe inngåelse av ransforbund etter straffeloven § 269 er eksempelvis å hindre at forsettet på et senere tidspunkt skal omfatte forsøk på ran eller at et ran utføres. Den samme begrunnelsen kan gjelde for forberedende terrorhandlinger. Faren forberedende handlinger skaper er som regel fjerntliggende og indirekte. Som oftest er de forberedende handlingene også ufarlige. Når lovgiver da har valgt å straffe terrorhandlinger, er det kanskje ikke fordi den forberedende handlingen i seg selv er en skadevoldende handling, men fordi den har potensiale til å bli en skadevoldende handling på et senere tidspunkt.

Det er imidlertid også et krav om fullbyrdesforsett ved forsøk, og en gjerningsperson som er på forsøksstadiet har etter straffeloven § 50 adgang til straffri tilbaketreden. Når gjerningspersonen ikke får denne muligheten før forsøkets nedre grense er overskredet, kan loven virke noe usystematisk. Siden straffri tilbaketreden er mulig for forsøkshandlinger, taler hensynet til helhet og sammenheng i lovgivningen for at det også bør være mulig med tilbaketreden når gjerningspersonen kun har foretatt forberedende handlinger.

Det er ikke mulig å forutsi hvorvidt denne reguleringen av tilbaketreden er et bevisst valg av lovgiver. Ved kriminaliseringen av forberedelseshandlinger til terror, vurderte lovgiver skadeomfanget og skadepotensialet til terrorhandlinger,¹⁰⁰ men regelen om at det ikke er adgang til tilbaketreden fra forberedelseshandlinger er ikke drøftet generelt i forarbeidene. Problemstillingen er heller ikke blitt behandlet ved utarbeidelsen av straffeloven av 2005. Det er imidlertid ikke uproblematisk at lovgiver kriminaliserer visse forberedende handlinger, og deretter avskjærer muligheten til straffri tilbaketreden.

Problemstillingen om hvorvidt det bør være en adgang til straffefri tilbaketreden fra forberedelseshandlinger er drøftet i teorien. Amerikaneren Husak oppstiller en rekke prinsipper han mener bør være avgjørende for om forberedelseshandlinger kan være straffbare. Prinsippet han omtaler som «the persistence requirement» innebærer at når en forberedende handling er kriminalisert, må det være tillatt med en straffefri tilbaketreden hvis hans tilbaketreden er frivil-

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 61 (2001-2002) punkt 3.2

lig.¹⁰¹ Prinsippet har sammenheng med hvilke begrensninger samfunnet moralsk kan legge på enkeltindividers frihet når det individene foretar seg ikke fører til noen skade.

I juridisk teori i Norge gir Jacobsen uttrykk for samme synspunkter som Husak. Jacobsen uttaler i sammenheng med enkeltindividets frihet og autonomi at «[e]ttersom ein har denne retten [til å tre tilbake] ved forsøksansvar, kan det sterkt argumenterast for at tilsvarande rett bør stillast opp når ein kriminaliserer førebuingshandlingar.»¹⁰²

Etter disse synspunktene blir problemstillingen om dagens regulering av tilbaketreden reiser noen faktiske problemer i rettsanvendelsen. Dersom vi ser på det generelle synspunktet om allmennprevensjon, kan det hevdes at en straffri tilbaketreden fra kriminaliserte forberedelseshandlinger bør være avskåret. Det kan argumenteres for at allmennprevensjon har størst effekt når de uønskede forberedelseshandlingene faktisk følges opp med straffelegging, og at allmennprevensjonen vil kunne bli mindre effektiv hvis en gjerningsperson blir straffri i en slik situasjon.

På den andre siden blir en nødt til å stille spørsmålstegn ved hvorvidt lovgiver ønsker at en person som har foretatt en forberedelseshandling skal trekke seg tilbake fra handlingen. Ønsker for eksempel ikke lovgiver at en gjerningsperson skal trekke seg tilbake fra forberedelseshandlinger til terror? Slik regelen er i dag, motiverer den ikke en person til å tre tilbake fra en terrorhandling på samme måte som den motiverer en person på forsøksstadiet. Det er vanskelig å si noe om grunnen til at regelen skal være annerledes ved forberedende handlinger. Det kan se ut som lovgiver har glemt å vurdere alle sidene ved situasjonen. Begrunnelsen for at terrorhandlinger er gjort straffbare allerede på forberedelsesstadiet er at handlemåten kan resultere i stor skade. Etter mitt syn er det nettopp når handlemåten kan skape stor fare, slik som for eksempel ved terrorforberedelser at gjerningspersonen bør motiveres til en straffri tilbaketreden. Til sammenligning er det mange andre handlinger som kan resultere i stor skade men der det er tillatt med straffri tilbaketreden. Et eksempel på dette er adgangen til tilbaketreden fra drap, jfr. punkt 3.3.

Et annet argument imot å avskjære muligheten til straffri tilbaketreden fra forberedelseshandlinger er rimelighets- og rettferdighetshensyn. En avskjæring av tilbaketreden fra forberedelseshandlinger er ikke i overensstemmelse med hensynene bak regelen om tilbaketreden i § 50. Ettersom det er gjerningspersonens manglende forbryterske forsett som begrunner muligheten til straffri tilbaketreden i forsøksstilfellene, bør løsningen være den samme for den som på et

¹⁰¹ Husak (1995) s. 174

¹⁰² Jacobsen (2009) s. 639

tidligere tidspunkt, altså forberedelsesstadiet, avstår fra videre virksomhet. Slik regelen er i dag, fremstår den som lite rettferdig overfor en som endrer holdning underveis i en forbødende handling.

Et annet hensyn som taler for at gjerningspersonen bør gis mulighet til straffri tilbaketreden er at det er stor avstand til faren som handlingene former. Ser vi på hva som begrunner straff for forsøk, for eksempel forsøk på drap og narkotika, er det en kombinasjon av objektive og subjektive momenter som er hensynet. Det er imidlertid den objektive gjerningsbeskrivelsen i hovedstraffebudet som viser at gjerningspersonen har en vilje til å begå en forbrytelse. Ved en forberedelseshandling til terror har gjerningspersonen kanskje bare foretatt en enkelthandling som er langt fra fullbyrdelsen. Oppførselen kan i tillegg være helt ufarlig, hvis gjerningspersonen ikke foretar seg noe mer.

Mer alvorlig for rettsstaten er likevel hvis kriminaliseringen av forberedende handlinger får oss til å straffe personer som ikke utgjøre noen fare. Det er for eksempel ikke grenser for hva lovgiver kan kriminalisere i frykten mot alvorlige lovbrudd som terror. Dersom tilbaketreden fra forberedelseshandlinger skal avskjæres må lovgiver være ekstra oppmerksom på hvilke handlinger som kriminaliseres.

Formålet bak regelen om at terror skal dømmes som en straffbar forsøkshandling er forståelig. Det kan imidlertid se ut som lovgiver ikke har vurdert alle konsekvensene av dagens lovgivningsteknikk på samme måte som det er gjort ved forsøk på drap og narkotikaforbrytelser. Etter mitt syn taler de fleste hensyn for at det bør være adgang til straffri tilbaketreden fra straffbare forberedelseshandlinger.

Litteraturliste

Lovgivning

1814	Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814
1842	Lov angaaende Forbrydelser af 20de August 1842 (opphevet)
1902	Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10
1992	Lov om legemidler av 4. desember 1992 nr. 132
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30
2005	Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28
2007	Lov om toll og vareførsel av 21. desember 2007 nr. 119

Utenlandsk lovgivning

1962	Brottsbalk (1962:700)
1930	Straffeloven af 15. april 1930 nr. 126 med senere ændringer

Forarbeider

NOU 1992: 23	Ny straffelov – alminnelige bestemmelser
NOU 2002: 4	Ny straffelov. Straffelovkomisjonens delutredning VII
Ot.prp. nr. 61 (2001-2002)	Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv.
Ot.prp nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Prop. 131 L (2012-2013)	Endringer i straffeloven 1902 og straffeloven 2005 mv. (forberedelse av terror m.m.)
SKM 1896	Udkast til Almindelig borgerlig straffelov for kongeriket Norge, 1896

St.meld. nr. 104(1977-1978)

Rettspraksis

Høyesterettspraksis:

- Rt. 1905 s. 839
- Rt 1939 s. 890
- Rt. 1948 s. 531
- Rt. 1952 s. 742
- Rt 1975 s. 397

Rt. 1979 s. 1265
Rt. 1989 s. 1075
Rt. 1991 s. 95
Rt. 1992 s. 1495
Rt. 1993 s. 916
Rt. 1995 s. 1738
Rt. 1998 s. 462
Rt. 2005 s. 1625
Rt. 2008 s. 867
Rt. 2013 s. 789

Upublisert avgjørelse fra lagmannsretten:
LB-2012-68482

Bøker

Eskeland, Ståle	<i>Strafferett</i> . 3. utg. Oslo, 2013.
Andenæs Johs	<i>Alminnelig strafferett</i> . 5. utg. Oslo, 2004.
Hagerup Francis	<i>Strafferettens almindelige del</i> . 3. utg. Oslo, 1930.
Røstad Helge	<i>Innkast i straffefeltet. Utvalgte emner i strafferett</i> . Oslo, 1993.
Bratholm, Anders	<i>Strafferett og samfunn</i> , Oslo 1980.
Strandbakken, Asbjørn	<i>Uskyldspresumsjonen. «In dubio pro reo»</i> . Bergen 2003.
Mæland, Henry John	<i>Innføring i alminnelig strafferett</i> . 3. utg., Bergen 2004.
Skeie, Jon	<i>Den norske strafferett. Den alminnelige del</i> . Oslo, 1946.
Greve, Vagn	<i>Det strafferettslige ansvar</i> . 2. utg. København 2004.
Husabø, Erling Johannes	<i>Straffansvarets periferi. Medvirkning, forsøk, førebuing</i> . Bergen 1999.
Duff, R. A.	<i>Criminal Attempts</i> . Oxford 1996.

Jacobsen, Jørn

Fragment til forståing av den rettsstatelege strafferetten.
Bergen, 2009.

Slettan, Svein og
Øie, Toril Marie

Forbrytelse og straff. Bind I: Innføring i strafferett. Oslo 2001.

Artikler

Husak, Douglas N.

The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses:
Arizona Law Review, 1995 s. 151-183